

تصدرها كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس الجلة : الدكتور زكى عبد المتعال دئيس التحرير : الدكتور حسين فهمي

> السنة السابعة (١٩٥٦ – ١٩٥٧) المددان الأول والثاني

مطبعة فالمعد الأنيكذرية

لجنة التحرير

الأستاذ الدكتور حسين فهمى (عمد الكلية]	_	١
الأستاذ الدكتور عمر ممدوح مصطفى (وكيل الكلية)	_	٠٢
الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى	_	٣
الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا		٤
الأستاذ الدكتور على صادق أبو هيف	_	•
الأستاذ الدكتور أنور سلطان	_	٦
الأستاذ الشيخ عمر عبد الله	_	٧
الأستاذ الدكتور محمود رياض عطيه	_	٨



تمدرها كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس الجلة : الدكتور زكى عبدالمتعال دنيس التحرير : الدكتور حسين فهمى

> السنة السابعة (۱۹۵۶ – ۱۹۵۷) العددان الأول و الثانى

فهرس

صلحة	
*	۱ — تسييب الأحكام
44	 تظام الأموال بين الزوجين لائستاذ الدكتور حسن بغدادى)
700	 ٣ – دارة فحص الطمون بمحكمة النقض (الدكتور عبد الوهاب الشاوى الهام)
	نقد الكتب
7.49	 ٤ - كتاب اغاثة الأمة بكشف الغمة (للأساذ الدكتور حسين فهمي)
790	و سأساس القانون الادارى ونطاق تطبيقه (الأستاذ الدكتور محمد فؤ اد مهنا)
770	٠٠ - التعليق على الأحكام ١٠٠٠ ١٠٠٠ ١٠٠٠ ١٠٠٠ ١٠

السنة السابعة

وهذه سنة جديدة تستفتحها المحلة وهى تسير على الحطة التى استنها منذ انشائها، فى سبيل ارساء دعائم العلوم القانونية والاقتصادية على أسس وطيدة، مع التعمق فى البحث والاستقصاء، شأن الأساتذة الذن يسهمون فى اصدارها، ولا يألون جهدا فى الوصول بها إلى الكمال

والبلاد تمر الآن فى مرحلة من مراحل تطورها المحيد ، في أواخر القرن التاسع عشر ، منذ بدأت القومية العربية تسطر أولى صفحاً بها في محل الأحداث ، لم تحز حركة العروبة انتصارا أروع أو ألمع من توحيد القطرن الشقيقين مصر وسوريا فى الجمهورية العربية المتحدة . وهذا ولا شك مدخل لفصل جديد ، يعتقد الراصدون السياسيون ، ويحق ، أنه سيغير عجرى التاريخ فى هذا الجزء من العالم . وقد استبع ذلك أن بدأت حركة لتوحيد التشريعات والأنظمة القضائية فى كلا القطرين بل ولتنسيق نظام التدريس فى كليات الحقوق بهما ، الأمر الذى سوف يلتى على رجال القانون فى القطرين عباً لاشك أنهم مضطلعون به على أحسن حال .

والحركة التشريعية فى البلاد تمر الآن فى أوجها، فقد أمندت يد الاصلاح إلى غتلف النواحى كبيرها وصغيرها . والتشريع آلة الاصلاح ، وعلى الأساتذة وغيرهم من رجال الفقه ، أن يفسروا هذه التشريعات المتعددة عن طريق استخلاص الأصول وضبطها ، مع مراعاة الاعتبارات العملية الملابسة، وعندئذ لن تقتصر مهمهم على التفسير فحسب، بل لعلهم أن مخلقوا قواعد قانونية جديدة عن طريق القياس والابتداع . فان المشرع مهما أوتى من الحكمة ونفاذ البصيرة لايلم مجميع الاعتبارات العملية التى قد تواتم التطبيق، والحياة سريعة التطور فى مياديها الاقتصادية والاجتماعية ، والتنبؤ النظرى له حدود لا يتجاوزها .

وعلى هذا الهج ووفقا لهذه السنة تسير مجلة الحقوق قدما فى سبيل تحقيق رسالها والله الهادى الى سواء السبيل .

تسبيب الأحكام

للأستاذ الدكتور أحمد أبوالوقا

١ - أهمية تسبيب الاحكام (١):

لعل تسبيب الحكم هو أشق المهمات الملقاة على عاتق القاضى ، لأن كتابته وأسبابه تتطلب منه فضلا عن اقتناعه هو بما اختاره من قضاء _ أن يقنع به أصحاب الشأن وكل من يطلع على حكمه بقصد مراقبته .

ويقصد بضمانة تسبيب الأحكام :

 التحقق من أن القاضى قد اطلع على كل وقائع القضية وجميع المستندات والأوراق المقدمة فيها واتصل علمه بجميع ما أبداه الخصوم من طلبات ودفوع .

٢ — التحقق من أن القاضى قد استخلص الوقائع الصحيحة فى الدعوى من واقع اثبات يجيزه المشرع . تم صحيحا فى مواجهة أصحاب الشأن ، أو من واقع الأوراق المقدمة فيها والأدلة بحسب قوتها التي يمنحها اياها القانون الموضوعى .

٣ — التحقق من أن القاضى قد فهم ما أحاط بالدعوى من مسائل قانونية وأنه قد كيفها التكييف الصحيح بعد التحقق من توافر شروطه ، وأنه قد أرسى علمها الآثار القانونية الصحيحة .

⁽۱) أنظر في هذا الموضوع جلاسون وتسييه وموريل ۳ رقم ۷۱۶ وما يليه Casastion - Faye وما يليه casastion - Faye وانظر تحت عبارة jugement وبرتوار دالوز ، وربرتوار دالوز المدادر سنة ۱۹۵۶ السلم ، وربرتوار دالوز الحديد سنة ۱۹۵۰ و دربرتوار دالوز الحراث ، ومورييل رقم ۳۳ وما يليه من ۱۹۷۹ وما يليه ، وجارسونيه وسيزا ربرو الحراث ، ومورييل خلية ۲ ، ۳ سنة ۱۹۷۹ وما يليه ، و Bomenta d'organisation judiciaire et de في Bomier ، (Procédure civile " ۱۳۵۲ من الدادة المدالة من المواد المدنية والتجارية للاستاذ حامد فهمي ، وتعليقات دالوز عل المادة ۱۹۵۲ من تاثون المراتفات دالوز عل المادة من من قائون المراتفات دالوز على المادة من تاثون المراتفات دالوز على المادة عائد من قائون المراتفات دالوز على المادة عائد من قائون المراتفات دالوز على المادة المناتون المراتفات دالوز على المادة المرتفات دالوز على المادة المرتفى .

والقضاء المسبب هو مظهر قيام القاضى بما عليه من واجب تدقيق البحث وامعان النظر لتعرف الحقيقة التى تشف عنها أحكامه ، وبه وحده يسلم من مظنة التحكم والاستبداد ، ويرتفع عنه الشك والريب والشهات .

والقضاء المسبب يضيني الاطمئنان الى نفوس المتقاضين .

والقضاء المسبب بمكن المحكمة الاستنافية من تقدير الأحكام الهطعون فها، ويمكن عكمة التقض من مراقبتها حتى تشرف على تطبيق القانون وتقرير القواعد القانونية الصحيحة فيما يختلف فيه من المسائل وتثبت القضاء بصددها(۱).

وللاعتبارات المتقدمة نص المشرع على أن الأحكام تكون باطلة اذا لم تشتمل على الأسباب التي بنيت علمها (م ٣٤٧) .

و الحكم الباطل يحصل التظلم منه بطرق الطعن الجائزة قانونا ، كما يجوز استثنافه على سييل الاستثناء عملاً بالمادة ٣٩٦ ولو كان انتهائيا ، وبجوز الطعن فيه بالنقض اذاكان صادرا من محكمة الاستثناف (م ٤٢٥) .

واذا اعتمد الحكم فى الموضوع على حكم غير مسبب اعتبر مبنيا على اجراء باطل وفق الدراسة التمصيلية التى سوف نراها فيها بعد ، ويكون قابلا للالفاء على الرغم من أنه يعد صحيحا سلما فى ذاته .

> المبحث الأول ضوابط تسبيب الأحكام ٢ ـــــــ القواعد الأساسية فى التسبيب^(٣) :

> > ١ – سرد وقائع الدعوى .

 ⁽¹⁾ في عهد القانون الفرنسي القديم كانت الأحكام تصدر غير مسببة ، وقد ثر تب على ذلك عدم تكوين قضاء سنتفر في نواحي القانون المختلفة (جلاسون ۲ رقم ۷۵۱) .

⁽٣) يقصد بالأحكام في هذا المقام تلك التي تصدر من عمكة تتبع جهة قضائية ، بما لها من سلطة قضائية ، في خصومة رفعت اليها وفق قراعد المرافعات . ومن ثم يخرج عن نطاق البحث في التسبيب القرارات التي تصدر من جهات غير قضائية ، والقرارات والأوامر التي تصدر من جهة قضائية بما لها من سلطة ولائية بعنة ، كالأوامر على العرائض .

Verifier l'existence des . استخلاض الصحيح مها وتقديره Y faits allégués

عليا (۱) تكييف الوقائع الصحيحة وارساء القاعدة القانونية مع آثارها له العالم المعالم ا

٤ ــ اتساق منطوق الحكم مع أسبابه .

٣ — (أولا) سرد وقائم الدعوى :

١ - وجوب سرد الوقائع الكاملة المكونة للدعوى.

٢ ــ وجوب سرد هذه الوقائع دون خطأ أو تحريف.

٣ – لا يلزم تعقب حجج الحصوم بل يكفى ذكر مضمونها .

 لا يلزم ذكر اسماء الشهود ونصوص أقوالهم بل يكفى ذكر مضمونها ، كذا الحال بالنسبة الى نصوص المستندات التى يعتمد عليها الحكم .

إلوقائع المكونة للدعوى بحسب طبيعتها ونوعها:

تشتمل الوقائع les qualités على بيان باسماء الحصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم وأسماء وكلائهم ان كانوا ، ونص ما قدموه من طلبات أو دفاع أو دفوع وخلاصة ما استندوا اليه من الأدلة الواقعية ، والحجج القانونية ونتائج أجراءات الاثبات التي تحت في القضية ، ومراحل الدعوى ورأى النيابة ان كانت ممثلة (م ٣٤٩) .

وهناك من الدعاوى ما تستوجب بحسب طبيعتها أو نوعها الافاضة في وصف بعض وقائعها أو مستنداتها والاكانت وقائعها عقيمة.

⁽۱) انظر في هذا المرضوع Bounier في Bounier المضوع (۱) انظر في هذا المرضوع procedure civile (1849).

وفيها يلي أمثلة من أحكام محكمة النقض في تأييدكل ما تقدم :

قضت بأنه متى كان الحكم اذ حكم ببطلان البيع لصدوره من قاصر أقام قضاءه على أن تقدير الطبيب الشرعى لسن البائع انما كان تقديرا تقريبيا استنادا الى ما أجاب به هذا الطبيب فى بدء مناقشته دون أن يحفل باستظهار ما تدل عليه اجاباته اللاحقة من أن تقديره كان تقديرا قاطعا فى ثبوت بلوغ البائع سن الرشد وقت التعاقد ولم يكن تقديرا تقريبيا ، فان هذا الحكم يكون مشوبا بالقصور وبالحطأ فى الاسناد بما يستوجب نقضه (١١).

وقضت بأنه وان أوصت المادة ٣٤٩ أن يتضمن الحكم بيانات معينة من بينها وخلاصة ما استند اليه الخصوم من الأدلة الواقعية والحجج القانونية الآنه يتعين لاعتبار هذا البيان جوهريا يتر تب على اغفاله البطلان أن يكون الحكم قد فصل في النزاع الذي قدمت بصدده هذه الأدلة الواقعية والحجج القانونية ، فاذا كان الحكم صادرا باجراء من اجراءات الاثبات اذ قضى باحالة الدعوى الى التحقيق لاثبات حقيقة المقد موضوع الزاع انكان وصبة أو بيعا منجزا ، وكان الاثبات بالشهادة في ذاته غير منازع في جوازه قانونا ، فلا تثريب على المحكمة ان هي اغفلت تدوين ما قدمه الحصوم من أدلة على لزوم التحقيق ويكون عقيا التمسك باغفال ذلك الحكم ذكر ما تحسك به المشترى من حجج على أن العقد المذكور كان منجزا لا مضافا الى ما بعد الموت(٢).

وقفست بأنه متى كان الحكم المطعون فيه لم يبين ماقدمه الحصوم من طلبات وأوجه دفاع ودفوع وخلاصة ما استند اليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية مع بيان ما سارت فيه الدعوى من مراحل ــ فانه يكون قد خالف فص المادة ٣٤٩ مخالفة تستوجب بطلانه (٣).

⁽١) نقض ٢٥ توفير ١٩٥٤ القضية رقم ٢٤٦ سنة ٢١ قضائية .

⁽٣) نقض ٢٦ أبريل ١٩٥٦ - الفضية رقم ٣٣١ سنة ٢٣ قضائية .

⁽٣) نقض ٣ قبرار ١٩٥٥ - القضية رقم ٤٣٢ سنة ٢٢ قضائية .

وقضت بأنه متى كان الحكم اذ قضى بالأنفصال الجسيائى بين زوجين فرنسين لا يبين منه ان ما قضى به كان من تلقاء نفس المحكمة أو بناء على طلب احتياطى للزوج أو بناء على طلب أصلى له بعد أن نزل عن طلب الطلاق مع اختلاف الحكم فى كل من هذه الأحوال فى القانون الفرنسى ، قان هذا الحكم يكون قد شابه البطلان ، كما خالف المادة ٣٤٩ (١).

وقضت بأنه اذا قرر حكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطيان التي يطلب المدعى ثبوت ملكيته لها بأى سبب من أسباب كسب الملك ، فان هذا لا يفيد بذاته وبطريق النزوم ثبوت ملكيتها المدعى . كذلك لا يكفى أن يقرر الحكم ان مستندات هذا الأخير تشمل الأطيان المتنازع عليها ، وانها من ذلك تكون ملكا له من غير بيان هذه المستندات وكيفية افادتها هذه الملكية (٧).

وقضت بأنه متى كان الحكم الابتدائى اذ قضى بعدم قبول الدعوى التى أقامها المطعون عليه على الطاعن وآخر بطلب الزام هذا الأخير بتقديم عقد الصلح المودع عنده والمحرر بينه هو والطاعن والحكم بصحة التماقد عن الأطيان الواردة به قد أقام قضاءه على أن عقد الصلح تضمن اقراوا من الطاعن لا تصح تجزئته اذ هو بيها يقر لأخيه المطعون عليه بالنصف في الأرض التي يطلب اثبات التماقد عها وفي أموال أخرى اذ هو محمله النصف في ديون ذكرت بهذا العقد فهناك اذن شركة بين الطرفين لم تصف بعد وقد أودع عقد الصلح عند آخر حتى تم المحاسبة بين الأخون ؛ وكان الحكم الاستثنائي اذ قضى بالفاء الحكم الابتدائي وبصحة التماقد والتسلم قد أغل التحدث عن واقعة ايداع عقد الصلح لدى آخر ودلالتها ومدى ارتباطها بتنفيذ العقد مع تمسك الطاعن بها فانه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه (٣).

وقضت عكة النقض بأن اذا كان مدار الحلاف بين الحصوم ما اذاكان الثمن المتفق عليه يعقد بيع الوفاء نحسا أم انه كان ثمن ألمثل ، واذا كان هذا الأمر له أثره في مصر الدعوى ، واذاكان الثابت بالأوراق أن الطاعن قدم

⁽١) نقض ١٤ يتارِ ١٩٥٤ – القضية رقم ٣٩٤ سنة ٢١ قضائية .

⁽٢) نقض ١٥ قبراير ١٩٥١ - القضية رقم ١٤٢ سنة ١٨ قضائية .

⁽٣) نقض ٥ أبريل ١٩٥١ - التضية رقم ٨٧ سنة ١٩ فضائية .

الى محكة الاستئناف ردا على أسباب الحكم الابتدائي صورا رسمية لتمانية عقود بيع منها عقدان حررا فى نفس السنة التى صدر فيها عقد بيع الوفاء موضوع النزاع وتضمنت هذه العقود بيع أطيان واقعة فى ذات الحوض الواقعة فيه الأطيان المبيعة ـ على العقد ـ وذلك باثمان تماثل فى المتوسط الثمن الذى اتفق عليه فى العقد ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلا من الاشارة الى العقود سالفة الذكر والتحدث عبها فانه يكون قاصرا لأسباب يستوجب نقضه (١).

وقضت بأنه اذا اعتمد الحصم لدى المحكمة الابتدائية فى ملكيته على وضع اليد ، ولكنه لدى محكمة الاستثناف قدم مستندات يستدل بها على أيلولة الملكية اليه بطريق الشراء ، فن الواجب على محكمة الاستثناف أن تبن فى حكمها رأيها فى هذه المستندات فان هى أغفلها كليا واقتصرت على تأييد الحكم المستأنف للأسباب الى بنى عليها كان حكمها باطلا (٢).

وقضت بأنه اذا صدر حكم ببطلان تصرف صادر من مورث المتصرف له بناء على أنه صدر منه وهو مريض مرض الموت واقتصر على تقرير المؤرث المدكوركان مريضا مرضا انهى به الى الوفاة دون أن بين نوع هذا المرض ، وهل كان الهلاك غالبا فيه وقت حصول التصرف ، فانه يكون قاصرا قصورا يعيه بما يبطله (٣).

 اللسبة الى الاحكام الفرعية يكتنى بذكر الوقائع المتعلقة بها وحدها:

اذا أصدرت المحكمة حكما فرعيا متصلا بسير الدعوى أو اثباتها أومتعلقا باختصاص المحكمة بنظر الدعوى فانه يكتفى ـــفى صدده ـــ بذكر الوقائع المتصلة بالحصومة فى المسألة الفرعية وحدها .

⁽١) نقض ٣ مايو ١٩٥١ – القضية رقم ١٧٠ سنة ١٩ قضائيه .

⁽۲) نقص ۲۲ فيرابر ۱۹۳۳ – القضية رقم ۹۲ سنة ۲ قضائية ، وانظر أيضا نقض ۱۳ مارس ۱۹۹۱ – القضية رقم ۲ سنة ۱۱ قضائية .

⁽٣) نقض ١٢ يناير ١٩٥٠ - القضية رقم ٦٥ سنة ١٨ قضائية .

وعلى ذلك اذا أصدرت الهكة حكما بعدم اختصاصها بنظر القفية فلا تثريب عليها ان هي أغفلت الإشارة الى ما قلمه المدعى من مستندات وأدلة أو ما أبداه المدعى عليه من أوجه دفاع تتعلق بموضوع الدعوى ، أو ما قلمه من مستندات ، بشرط أن تسرد الهكة كافة الوقائع المتصلة بالحصومة في ذات الدفع بعدم الاختصاص . وكذلك الحال اذا أصدرت الهكة حكمها بيطلان صحيفة افتتاح الدعوى أو بعدم قبولها (١) أو باعتبارها كأن لم تكن أو بسقوط الحصومة فيها أو بانقضائها بالتقادم ، أو بقبول تركها .

واذا أصدرت الهكمة حكما بجواز الاثبات قانونا بشهادة الشهود ، وكان ذلك اثر نزاع بين الحصوم ، وجب عليها أن تسرد جميع أدلة الحصوم وحججهم وتشير الى مستنداتهم فى هذا الصدد ، وانما لا تازم بسرد باقى الوقائم التى لا تتصل بجواز الاثبات قانونا بشهادة الشهود أو بعدم جوازه .

واذا أصدرت المحكمة حكما باحالة الدعوى على التحقيق فلا تثريب علمها ان هي اغفلت تدوين ما قدمه الحصوم من أدلة على لزوم التحقيق ما دام الحكم قد اقتصر على ما تقدم (٣)، وذلك لأن القاعدة أنه لا يلزم تسبيب الأحكام التي تأمر باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات ـ اذ النطق بها يفصح فى ذاته عن سبب اصدارها ، ولا تثريب عليها ان هي أغفلت الاشارة الى أى دفاع موضوعي ما دام حكمها قد اقتصر على مجرد ندب خير (٣).

واذا أصدرت المحكمة حكما بوقف الحصومة حتى يم الفصل في مسألة أولية من اختصاص محكمة أخرى فانه يكفى أن تدون المحكمة ما تعلق يطلبات وأدلة الحصوم ودفوعهم بصدد الحصومة في طلب الوقف .

⁽١) لرضها قبل الميماد أو بعده ، أو الانتفاء صفة راضها أو المرفوحة عليه ، أو لسبق الفصل نبا ، أو لسبق الانتفاق عل التحكيم بصددها ، أو لأى سبب من أسباب عدم قبول الدعوى .

⁽٢) راجع حكم النقض ٢٦ أبريل ١٩٥٦ – القضية رقم ٣٢١ سنة ٢٢ قضائية .

 ⁽٣) وأربًّا الفصل في الدفاع الى ما بعد تقدم الحبير تشريره عند الحسكم في الموضوع (نقض ٢٧ يناير ١٩٥٣ المجموعة ٤ - ٣ - ٣٧٥) .

٣ - ما يستوجبه الحكم بتصفية حساب من وقائع :

ق الدعوى بتصفية حساب يتمن على المحكة أن تصف في حكمها كل غالصة بذكر الميلغ المدفوع ومن قبضه ومن دفعه وسبب أدائه ان كان ، وتاريخ المخالصة وما اذاكان هذا التاريخ ثابت التاريخ . . . ، وذلك حى تتمكن محكة النقض من تعرف الحقيقة الواقعية التي على معرفتها المدار في تكبيف الواقع ، وبيان ما ينطبق عليه من أحكام القانون . فاذا اعتمد حكم على ايصال مخالصة ولم بين نصه ، وقرر خصم – أمام محكمة النقض – ان هذا الايصال خاص بشخص آخر ، ونازع خصمه في هذا القول فان هذا التجهيل من شأنه أن يستوجب إبطال الحكم (١).

٧ ـــ ما يستوجبه الحكم في الدعوى بمسئولية أحد الخصوم :

فى الدعوى بمسئولية أحد الخصوم يتعن سرد كل الوقائع المدعاة من جانب جميع الخصوم سواء تعلقت بتحديد الخطأ أو تقرير الفرر ، ولا يكنى سرد بعضها واستخلاص ما يستخلص منه ، وذلك للتحقق من أن القاضى قد اتصل علمه بجميع وقائع الدعوى وحى لا تعجز محكمة النقض عن استخلاص عناصرها الواقعية من ذات الحكم المطعون فيه .

 ۸ -- ما يستوجبه الحلكم فى دعوى الملكية أو دعوى الحيازة أو دعوى المطالبة بريم معين :

يلزم عند تحرر الأحكام فى الدعاوى المتقدمة تعيين ذات العقار موضوع النزاع وتحديد مساحته . وحائزه ان كان ومدة حيازته ، وقدر ما بيع منه بعقد ان كان . والتعريف على هذا القدر ، ووصف العقود اتى يتمسك بها الحصوم بذكر أطرافها وموضوعها وتاريخها ٢٦٠ . وبالنسبة لربع المبائى

⁽١) نقض ٢٥ أبريل ١٩٣٥ إ- القضية رقم ٥٥ سنة ٤ قضائية .

⁽٣) نقض ١٣ ديسمبر ١٩٤٥ - القضية رقم ١٧ سنة ١٥ قضائية .

أوالأراضي الزراعية يتعين ذكر أصل الربع ونصيب ^مكل مستحق وما قبضه ، وبالنسبة لأية سنة الح ... ، فاذاكان البيان المتقدم مهما فان هذا الابهام يجعل الحكم غير قائم على أساس قانونى ويتمين نقضه (۱) .

٩ – مايستوجه الحكم فى الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فها :

عند الحكم فى الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق القصل فيها يتعين على المحكمة أن توضح الموضوع والسبب والأطراف فى كل من الدعويين لينجلى اتحادهما فى كل مهما أو اختلافهما ، والاكان حكمها فى الدفع مشوياً بالبطلان .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذاكان الحكم قد اعتمد فيا قضى به من سد النوافذ والمطلات على الدعوى على أن النزاع في ملكية المنور الذي تطل عليه هذه النوافذ والمطلات قد فصل فيه بحكم سابق قضى برفض دعوى المدعى عليه تملكه نصف هذا المنور ، ولم يجي فيا أورده من أسباب في هذا المصدد ما يعين على بيان كيف توافرت عناصر الأمر المقضى بين الحكم البائي السابق وبين الزاع الجديد بشأن سد الفتحات وازالة الشرفات ، وهل أتحد الموضوع والسبب في الدعوين ، فهذا الحكم يكون مشوبا بالقصور ، اذ ذلك بيان جوهرى لا يغنى عنه أن يكون الطاعن مقراً بأن لذلك الحكم السابق حجيته ، فال الزاع يقوم على مدى هذه الحجية وهل تشمل ما يثيره الطاعن في الدعوى الحالية من دفاع (٢).

١٥ – وقائع غير لازمة: الحكم في شق من الموضوع أو في طلب عارض:

قدمنا أن الحكم فى مسألة فرعية لا يشتمل الاعلى ما تعلق بالوقائع المتصلة بالخصومة فى المسألة الفرعية . وكذلك الحال بالنسبة الى الحكم الصادر فى شتى من الموضوع أو فى طلب عارض فهو لا يشتمل الاعلى الوقائع المتصلة بالخصومة فيا قضى به الحكم .

⁽۱) نقض ۱۲ دیسمبر ۱۹۳۵ – القضیة رقم ۱۷ سنة ٥ قضائیة ، و نقض ۲۰ مایو ۱۹۶۸ رقم ٥٥ سنة ۱۷ قضائیة .

[.] (^{۲)} نقض ١٦ فبرابر ١٩٥٠ – القضية رقم ٨٥ سنة ١٨ قضائية . والنظر أيضا نقضي ٢٤ ينابر ١٩٤٦ – مجموعة القواعد القانونية ٥ ص٧٧

ويحدث أن تصدر المحكمة حكمها فى موضوع الدعوى وتنحو الى محو معين لا يستازم مها سردجميع الوقائع المتصلة بها ، كما اذا قضت ببطلان عقد ما ، فان هذا القضاء يعنيها عن سرد ما اتصل بطلب الخصم تنفيذ شرط من شروطه التي تقوم بصحته وتبطل بابطاله .

واذا كان الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم الاستثنافى لأسبابه حين قضى بقبول الدفع بسقوط حق المدعى في طلب حساب الوقف الذى كان يدره المدعى عليه بصفته وكيلا عنه قد أقام قضاءه بذلك على أساس ما أورده المدعى في عريضة دعواه من أن توكيله المدعى عليه انما كان بسبب سفره الى خارج القطر ، وما استخلصه استخلاصا سائفا من المستندات المقلمة الى المحكمة من أن هذه الوكالة قد انقضاء الوكالة بأكثر من خمس عشرة سنة ، وان الحساب انما رفعت بعد انقضاء الوكالة بأكثر من خمس عشرة سنة ، وان الحطابات المقدمة من المدعى للاستدلال بها على أن المدعى عليه لم ينقطع عن مباشرة ادارة الوقف بصفته وكيلا لا يدل ما ورد بها على استمرار الوكالة ، وذلك بعد أن أورد بعض عباراتها وضرها تفسيرا تحتمله وينتي المعبى الذي يقول به المدعى ، ثم أيد هذا الحكم استنافيا لأسبابه ، فلا يعيب الحكم الاستثنافى أنه لم يورد ما تضمنته خطابات جديدة قدمها المدعى الى محكة الاستثنافى أنه لم يورد ما تضمنته خطابات جديدة قدمها المدعى الى محكة الاستثنافى أنه لم يورد ما تضمنته خطابات جديدة قدمها المدعى الى محكة الاستثنافى أنه لم يورد ما تضمنته خطابات جديدة قدمها المدعى الى محكة الاستثنافى أنه لم يورد ما تضمنته خطابات جديدة قدمها المدعى الى عكة الاستثنافى أنه لم يورد ما تضمنته خطابات جديدة قدمها المدعى الى عكة الاستثنافى أنه لم يورد ما تضمنته خطابات جديدة قدمها المدعى الى عكة الاستثنافى أنه لم يورد ما تضمنته خطابات جديدة قدمها المدعى الى عكة الاستثنافى أنه لم يورد ما تضمنته خطابات جديدة قدمها المذعى الى عكة الاستثناف ، وقالت هذه المحكمة عها أنها لم ترفيا ما يفيد استمرار الوكالة (١١)

۱۱ – وجوب سرد وقائع الدعوى دون خطأ أو تحريف:

اذا ورد خطأ أو تحريف فى واقعة من وقائع الدعوى ، وكان هذا أو ذلك لا يؤثر فى الحكم وفى النتيجة الى انهى البها والتى تدرها أسباب تستقم معها ، فان هذا الحطأ أو التحريف لا يؤثر فى سلامة الحكم وصحته . أما اذا امتد الحطأ المتقدم وأصاب قضاء الحكم فانه يعد باطلا .

وقد قضى . اعمالا لما تقدم ، بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه قد ألغى الحكم الابتدائى وأخذ بالدليل المستمد من دفاتر السمسار اعتمادا على ما خلص اليه من استجواب الخصوم من أن العميل لم يطالب السمسار فى صدد عملية بيع

⁽١) نقض ٢١ أكتوبر ١٩٤٨ – القضية رقم ٦٠ سنة ١٧ قضائية .

الأسهم موضوع النزاخ الا بالامهال ، مع أن وقائع الاستجواب لا تؤدى الم نسب و الله المخكم الم الله الم الله المؤكم الله الله المؤكم الله الله الله المؤكم الابتدائى دعامة لقضائه باطراح الدفائر المذكورة وعدم الأخذ بما تدون بها وهى أن السمسار لم يضمن كشوف الحساب التى أرسلها للعميل بيانا عن عملية بيع الأسهم ولم يبادر باخطار العميل بها حين طالبه ببيع أسهم شركة أخرى مودعة لديه ، قانه يتمين نقض الحكم (١) .

وقضت محكمة النقض باهدار حكم مسخ شهادة شهود على نحو يتأقض واقع الدعوى الثابت من الصورة الرسمية لهضر التحقيق (٧) . كذلك قضت باهدار حكم استند الى ما أجاب به طبيب شاهد فى بدء مناقشته ، ولم يحفل بما تدل عليه اجاباته اللاحقة من أن تقديره كان تقديرا قاطعا فى ثبوت بلوغ خصم فى الدعوى سن الرشد(٣) .

وقفيت محكمة النقض ببطلان حكم – لأنه فى معرض المفاضلة بين عقدين اعتبر أحدهما مسجلا فى حين أن المسجل هو صحيفة دعوى بصحة توقيع الحصم(٤).

وقضت بنقض حكم صدر بالزام المدعى عليه بالربع المطلوب منه بناء على أنه كان واضعا يده على نصيب المدعى فى الملك المشترك ، وذلك لأنه ورد فى ذات الحكم أن فى أوراق الدعوى ما ينطق بأن أخا الممدعى عليه كان يستغل الأطيان لحساب نفسه وحساب أخيه ، ولم يبن مقدار ما هو موضوع عليه اليد لحساب المدعى عليه ، وما هو موضوع عليه اليد لحساب أخيه مع لزوم هذا البيان فى تحديد مسئولية المدعى عليه من ربع ما وضع اليد عليه وحده (٥٠).

⁽١) نقض ه يناير سنة ١٩٥٦ - القضية رقم ٢٣٢ سنة ٢٢ قضائية .

⁽٣) نقض ٣٠ نوفبرسنة ١٩٥٠ – القضية رقم ٥ سنة ١٩ قضائية .

⁽٣) نتض ٢٥ توفيرسنة ١٩٥٤ – القضية رئم ٢٤٦ سنة ٢١ قضائية .

⁽٤) نقض ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ – القضية رقم ٥٥ سنة ١٨ قضائية .

⁽٠) نقض ٢٠ مايو ١٩٤٨ - القضية رقم ٥٥ منة ١٧ قضائية .

 ١٧ – لا يلزم تعقب حجج الخصوم أو احترام ترتيب بيانات الحكم الوارد في المادة ٤٩٩ في شأن النسبيب:

القاعدة أن الترتيب الوارد في المادة ٣٤٩ بشأن البيانات التي بجب تعويها في الحكم ليس ترتيبا حتميا يترتب على الاخلال به البطلان ، فيجوز أن تورد المحكمة الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي استند اليها الحصوم في ثنايا أسباب الحكم التي تكفيت بالمردة الحكم أن يكون مقاما على أسباب تستقم معه ، ولا يلزم أن يتعقب حجج الحصوم في جميع مناحى أهوالهم استقلالاً ثم يفندها الواحدة بعد الأخرى (٢).

۱۳ — لا يازم ذكر اسماء الشهود ونصوص أقوالهم بل يكنى ذكر مضمونها ، ولا يازم ذكر نصوص المستندات التى اعتمد عليها الحكم متى كانت هذه المستندات مقدمة الى المحكمة ومبينة فى مذكر ات الخصوم مما يكنى معه بحرد الاشارة الها (۳):

القاعدة أنه لا يعيب الحكم عدم ذكره أسماء الشهود فى تحقيق أجرته المحكمة . وعدم ايراده نصوص أقوالهم وحسبه أن يورد مضمون هذه الأقوال ومي كان ما استخلصه الحكم من أقوال الشهود غير مناقض لما هو ثابت بمحضر التحقيق كان قضاؤه سليما (٤).

١٤ --- الوقائع في الحكم الصادر في الطعن :

يتمن على المحكمة عندكتابة حكمها فى الطمن ــ أياكان نوعه . أن تسرد . أو تشير الى الوقائم التى أثيبها الحكم المطمون فيه . كما يتمن علمها أن تشير الى أسبابه وأسباب الطعن فيه وتسرد ما جد من الوقائع وما قدمه الحصوم فى الطعن من طلبات أو دفوع أو مستندات أو أدلة (٥).

⁽١) نقض ٢٦ أبريل ١٩٥٦ - القضية رقم ٣٢١ سنة ٢٣ قضائية .

 ⁽٣) نقض ٣ مارس ١٩٥٠ – القشية رقم ١٩١٧ سنة ١٨ قضائية ، ٣ نوفبر ١٩٤٩
 -- القضية رقم ٣٣ سنة ١٨ قضائية .

⁽٤) نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ – القضية رقم ٤٥ سنة ١٨ قضائية .

⁽e) نقض و يناير ١٩٥٦ – الفضية رقم ٢٣٢ سنة ٢٢ قضائية .

وسوف ندرس فيا بعد مدى النزام محكمة الطعن فى الرد على كل أسباب الحكم المطعون فيه ، وفى الرد على أسباب الطعن وما قدمه الحصوم من أدلة وحجج فى تأييد الطعن أو فى دفعه .

١٥ _ الاحالة في سرد الوقائع على أحكام أو أوراق أخرى:

الأصل أن يكون كل حكم مستوفيا فى ذاته جميع أسبابه فلا تصلح الاحالة فى تسبيه على ما جاء فى ورقة أخرى . ومع ذلك يجيز الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر أن تحيل الهحكة فى تسبيب حكمها على ما جاء فى أسباب حكم آخر سبق صدوره فى نفس الدعوى بين نفس الحصوم : كما تجوز الاحالة على تقرر خبر أو حكم محكم (١١).

واذن تجوز الاحالة فى سرد وقائع الدعوى أو بعضها على حكم فرعى(٢) أو موضوعى أو حكم ابتدائى أو غيابى صدر فى ذات الدعوى ، وتجوز الاحالة على تقرير خبير الدعوى . ويتمين أن تذكر هذه الاحالة فى صلب أسباب الحكم ، والا اعتبر خاليا من سرد وقائع الدعوى .

وقد يتجه رأى الى أن بطلان الحكم (٣) أو تقرير الخير _ الذي تمت الاحالة عليه بالنسبة لسرد وقائع القضية فقط _ هذا البطلان لا يؤثر في صحة الحكم الذي التحدد على تلك الاحالة . ذلك لأن الحكم لا يكون قابلا للالفاء لبنائه على اجراء باطل الا اذا كان هذا البطلان قد أثر في الحكم (٤) . واذ لا يؤثر بطلان تقرير الخير أو الحكم الفرعي أو الابتدائي الذي تمت الاحالة اليه بالنسبة الى سرد وقائع الدعوى _ لا يؤثر في سلامة الحكم الذي اعتمد

بلاسون ۳ رقم ۷۶۹ و الأحكام العديدة المشار اليها وربر توار دائوز السرافعات
 رقم ۱۳۳۷ الأحكام العديدة المشار اليها فيه .

⁽٣) نقض ٣١ اكتوبر ١٩٣٥ بجموعة القواعد القانونية ٦ ص ٩١٢

⁽٣) أو عالفته الفانون أو تقدره الوقائم تقديرا معايرا لما استخلصته المحكمة الى احتمدت في سرد الوقائم عليه - كل هذا لا يؤثر في صحة الحكم الذي استند اليه بالنسبة الى سرد وقائم النفسة فقط.

⁽١٤) راجع المادة ٣٩٦ والمادة ٢٥٥

على تلك الاحالة فانه اذن يكون صحيحا سليا ، اللهم الا اذاكان سبب بطلان تقرير الحبير أو الحكم الفرعى هو مسخه لوقائع الدعوى أو تحريفها . ومع ذلك فالصحيح أن بطلان الحكم أو التقرير يعلمه وبجرده من أى أثر قانونى ويصبح شأنه شأن الأوراق العادية التي تقدم في الدعوى ، وكما لا تجوز الاحالة على الأوراق التي يقدمها الحصوم لا تجوز الاحالة على حكم أو تقرير خير باطل (١).

وبطبيعة الحال اذا جلت وقائع بعد صدور الحكم الفرعى أو الابتدائ أو حكم المحكم أو تقرير الخبير الذى تمت الاحالة اليه فمن الواجب سرد هذه الوقائع الجديدة والاكان الحكم مشوبا بالبطلان .

و ترتيبا على كل ما تقدم قضت عكمة النقض بأنه اذا بن الحكم فى ديباجته وقائع الدعوى وطلبات الحصوم فيها كما قرر فى أسبابه أنه يأخذ بأسباب الحكم التهيدى الصادر فى الدعوى المبن فيه بالتفصيل كل وقائمها وطلبات الحصوم وأوجه دفاعهم ، فذلك كاف لرد ما يعترض به عليه من جهة عدم توضيحه وقائع النزاع ايضاحا كافيا وعدم ذكره طلبات الحصوم وعدم بيان جوهر دفاعهم (٣).

وقضت بأنه اذا اعتمد الحصم لدى المحكمة الابتدائية فى ملكيته على وضع اليد ، ولكنه لدى محكمة الاستثناف قدم مستندات يستدل بها على أيلولة الملكية اليه بطريق الشراء . فمن الواجب على محكمة الاستثناف أن تذكر هذه الواقعة فضلا عن ضرورة ايضاح رأيها فى هذه المستندات والاكان حكمها ماطلا (۲).

⁽١) راجع حكم النقض المشار اليه في الفقرة وقم ٢٤

⁽٢) نقض ٣١ أكنوبر ١٩٣٥ ، القضية رقم ١ سنة ٥ قضائية .

⁽٣) نقض ٢٣ فبراير ١٩٣٣ ، القضية رقم ٩٣ سنة ٢ قضائية .

١٦ – (ثانياً) استخلاص الصحيح من وقائم الدعوى وتقديره :

استخلاص الواقع فى الدعوى هو التحقق والتثبت من الوجود المادى لوقائعها المدعاة (١).

وعند استخلاص الصحيح من وقائع الدعوى وتقديره بجب على المحكمة. أن راعي ما يأتى :

- ١ احترام القواعد الموضوعية في الاثبات.
- ٧ احترام القواعد الاجرائية عند سلوك سبل الاثبات المحتلفة .
- ٣ تقدر الادلة التي اعتمد عليها الخصوم واستندت هي اليها تقدراً يتمشى مع المنطق السلم .
 - ٤ الرد على أدلة الخصوم الجوهرية الى لم تعتمد عليها في حكمها .

١ - ١٧ - احترام القواعد الموضوعية في الاثبات :

غيى عن البيان أن المحكمة تلزم باحرام القواعد الموضوعية في الاثبات على عن البيان أن المحكمة تلزم باحرام القواعد الموضوعية في الاثبات ، والأحوال التي مجوز فها سلوك كل طريق مها . (فالوقائع الملدية مثلا بجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات بعكس الحال بالنسبة الى الروابط القانونية . وقد يحرم القانون اثبات به ، وقوة أو بجعلها في حكم الثابت) ، والشروط اللازمة لقبول الاثبات به ، وقوة اللائبات (م ٣٨٩ – ٤١٧ من القانون الملائبات (م ٣٨٩ – ٤١٧ من القانون الملائبات) .

وقد ينص القانون التجارى أو القانون البحرى أو القانون المدنى فى خصوص موضوع معن على قواعد موضوعية فى الائبات تخالف القواعد العامة المتقدمة

La vérification de l'existence materielle des faits allégués -- Marty - La (1) أو هو استنباط الفاض حقيقة ما وقع بالاداة والامارات والعادمات واحاطة علمه بها ، (ابن القيم الجوزية) أنظر حامد فهمى ومجمد حامد فهمى ، التقض في المواد المدنية رقم ٣٣

وإذن ؛ اذاكان قاضى الدعوى حراً في تقدير أدلة الحصوم وفي تحصيل فهم الواقع في الدعوى مها ، فأنه ليس حراً في عدم اتباع ما جاء به القانون الملك ... أو الموضوعي على وجه العموم ... من قواعد البات موضوعية ، بل ينبغي عليه أن يتقيد بها ويأخذها عن القانون أخذا صحيحا ، فأن خالفها أو أخطأ في تطبيقها أو في تأويلها ضد رأيه في فهم الواقع في الدعوى من ناحية ، واعتبر محطا في تطبيق القانون من ناحية أخرى ، ويسرى الفساد بالتالى الى تكييف الوقائع والى الحكم برمته .

وشأن هذه القواعد الموضوعية فى الاثبات بخرج عن نطاق دراسة قانون المرافعات .

 ١٨ - ٢ - احترام القواعد الاجرائية عند سلوك سبل الاثبات المختلفة - يتعين أن تتخذ اجراءات الاثبات صحيحة فى مواجبة الحصوم:

ليس يكفى أن محترم القاضى القواعد الموضوعية فى الاثبات فحسب انما عليه أيضا أن محترم القواعد الاجرائية (١) فى هذا الصدد . تلك القواعد الى نظمها قانون المرافعات فى الباب المتعلق باجراءات الاثبات .

على الفاضى اذن أن يحترم جميع القواعد الاجراثية التى نص عليها قانون المرافعات عند سلوك سبل الاثبات المختلفة . والاكانت اجراءات الاثبات باطلة . اذا كان القانون ينص على هذا البطلان . أو كان العيب الذى شامها هو عيب جوهرى ترتب عليه ضرر للخصم عملا بالمادة ٢٥ . ويسرى البطلان الى كل حكم يعتمد على النتيجة المشخلصة من الاثبات (٢).

وعلى القاضى أن يحترم كل ما يقتضيه اتخاذ اجراء اثبات معن . فثلا تنص المادة ١٩٣ على أن الاذن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها ... هى بذاتها بـــ بهذا الطريق (٣).

Règles de forme (1)

⁽٢) ثدرس هذا الموضوع على وجه النفصيل فيها بعد .

⁽٣) تحقيق النلي La contre enquête ، راجع كتاب المرافعات رقم ٣٣

ويتعن أن تتخذ اجراءات الاثبات فى مواجهة الحصوم وفق التمصيل المشار اليه فى الباب السابع من قانون المرافعات ــ المتعلق باجراءات الاثبات ، ولا يجوز الادلاء بطلب أو اتخاذ اجراء ما الا فى مواجهة الحصم المتخذ ضده الاجراء ، ولا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الحصوم أو وكيله الا يحضور خصمه . كذلك لا يجوز قبول أوراق أو مذكرات من أحد الحصوم دون اطلاع الحصم الآخر علها (م ٣٤٠) .

١٩ – لا يجوز للقاضي أن يحكم بنا. على معلوماته الشخصية :

اذا أدرك القاضى أن معلوماته الشخصية تؤثّر فى تقديره لوقائع القضية ، واستشعر الحرج من نظرها . كان له أن يعرض أمر تنحيه على المحكمة عملا بالمادة ٣١٧ ولو فى غير أحوال عدم الصلاحية لنظر الدعوى أو أحوال الرد .

والمقصود بالمعلومات الشخصية تلك التي تصل الى علم القاضى بصدد وقائع الدعوى أو بصدد مدى ثبوتها وصحها . عن غير الطريق المقرر والمرسوم لنظر القضايا . كما اذا شهد حادثة معينة "رتب عليها اقامة دعوى بطلب تعويض عن الضرر الذي لحق الحصم نتيجة خطأ خصمه . اما اذا انتقل القاضى للمعاينة (م ١٨٥) بعد رفع الدعوى أليه ، فان تقديره الشخصى للوقائم يعتد به بطبيعة الحال .

والمعلومات العامة المستقاة من خبرة القاضى بالشئون العامة المقروض المام المكافة بها لا تعد من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضى أن يبنى حكم عليها . وقد حكم اعمالا لما تقدم كانت المحكمة اذ أخذت بتقدير اللجنة لأرباح الطاعن قد قررت أن تجارة « الحديد الحردة » كانت رائجة طوال سنن النزاع ذلك أنه فى الفترة الأولى من الحرب عند ما انعدم استير اد الحديد الجديد من الحارج حل علمه الحديد الحردة فى التعامل وحقق المتعاملون فيه أرباحاكبيرة ، وفى الفترة الأخيرة عند ما باعت جيوش الحلقاء المحود لدبها من الحديد نشطت سوق الحديد الحردة نشاطاكبيرا لابد وأن المواعن استفاد منه ، فإن ما ذكرته المحكمة فى هذا المحصوص ليس من قبيل المعلومات الشخصية المخطور على القاضى أن يبنى حكمه عليها بل هى معلومات المعلومات الشخصية المختور كلى القاضى أن يبنى حكمه عليها بل هى معلومات المستقاة من الحرة بالشتون العامة المفروض المام الكافة بها (١) .

⁽¹⁾ نقض ۲۲ فبرایر ۱۹۵۳ ، النضیة رقم ۲۰۱ سنة ۲۱ قضائیة .

 ٢ - القاضى أن يأمر من تلقاء نفسه باتخاذ أى اجراء من اجراءات الاثبات ، وهو لايلزم فى جميع الآحو ال باجابة طلب الخصم اتخاذ اجراء اثبات ما ، كما لا يلزم بتنفيذ اجراء الاثبات الذى أمر به ، ولا يلزم بالنتيجة المستخلصة منه :

المبادئ المتقدمة هي مبادئ أساسية في التشريع بعضها مقرر بنص خاص والبعض الآخر مسلم به فقها وقضاء في مصر وفي فرنسا. وسوف ندرس هذه المبادئ على وجه التفصيل عند معالجة مدى حجية الأحكام الصادرة باتخاذ الجراءات الاثبات ، ومدى تقيد المحكمة بالنتيجة المستخلصة منها.

٧٧ ـــ لا تجوز اقامة الحكم على واقعة لا سند لها فى أوراق القضية :

قدمنا أن قاضى الدعوى له مطلق الحرية فى أن يستخلص قضاءه من واقع اجراءات الاثبات التى أمر بها من تلقاء نفسه أو بناء على طلب خصوم الدعوى أو من واقع ما فى ملفها من مستندات وقرائ بشرط أن يتقيد بقواعد الاثبات الموضوعية ويأخذها عن القانون أخذا صحيحا ، وأن يتقيد بالاجراءات الشكلية المقررة فى قانون المرافعات ولا يعتمد على اجراءات باطلة . واذن اقامة الحكم على واقعة لاسند لها فى أوراق القضية تبطله . وقد قضت عكمة النقض بأنه اذا حكمت المحكمة بالزام الراغب فى البيع بدفع السمسرة الى الوسيط ، وبنت حكمها على أن هذا الأخبر قام بماكلفه به المدعى عليه وكان الثابت فى أوراق الدعوى – على خلاف ذلك – أن التفويض عليه ، وكان الثابت فى أوراق الدعوى – على خلاف ذلك – أن التفويض الصادر الى الوسيط من الراغب فى الشراء قد خلا عن شرطين من الشروط المنصوص عليها فى التفويض بالبيع . وهما دفع معجل الثمن وترك المهمات المناشق البائع واقعة لا سند والمواقع الدعوى المائع واقعة لا سند فى أوراق الدعوى (۱) . وقضت بأنه اذا كان الظاهر مما قاله الحكم انه اذ

⁽١) نقض ١٤ مارس ١٩٤٦، ١ التقمية رتم ٥٣ سنة ١٥ قضائية ، وانظر في تأييد ذات الميلاً المذكور في المتن نقض ٧٧ نوفير ١٩٥٧ ، الفضية رقم ٣٧٣ سنة ٢٠ قضائية وقد ذكر ملخص له في الفقرة رقم ٣٦

سلم بجواز أن يكون العقد الصادر من مورث الطاعن الى المطعون عليه ساترا لرهن بما يتر تب عليه اعتبار المطعون عليه دائنا عاديا فانه مع ذلك اعتبر عقداً ثانيا صادرا عن ذات العين من المطعون عليه نفسه الى ولده بيما صحيحاً اعتمادا منه على اقرار الطاعن ، بصفته مالكا ، لهذا المبيع ، وذلك دون أن بين كيف حصل هذا الاقرار ودليل حصوله حتى يتسنى لحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون على واقعة الدعوى فهذا قصور يبطله (١).

٢٧ ــ لا بجوز اقامة الحكم على مخالفة الثابت من الأوراق أو القرائن دون ما سبب يذكر :

قضت عكمة النقض بأنه اذاكان الثابت في الاعلان أن المحضر حين انقل الى مكتب المحامى الذي اختاره المعان اليه علا له قد خاطب شقيقة الحامى و المقيمة معه بالمكتب لغيابه وقبا ، فهذا يفيد ، بحسب الأصل ، ان الأخت مقيمة في المكتب وصالحة من حيث المن لتسليم الاعلان ، فليس لحكمة الموضوع أن تخالف هذا الثابت في الاعلان الابدليل مقبول . فاذاكان الحكم قد اعتبر الأخت غير مقيمة في المكتب ولا صلة لها به دون أن يورد أسبابا لذلك ، وأقام قوله بصغر سنها على مجرد ادعاء المعلن اليه ، ولذلك قضى ببطلان الاعلان ، فانه يكون قاصر الأسباب متعينا نقضه (٢).

وقفت بأنه اذا كان الحكم اذ قضى برفض طلب الوبع الذى طلبته الطاعنة عن مدة الخمس عشرة سنة السابقة على رفع الدعوى قد أسس قضاءه على أنه لم يظهر للمحكمة لا من تقرير الحبير ولا من المستندات المقدمة اليها متى بدأ وضع بد المطعون عليم على القدر المنتصب ، وكان الثابت من تقرير الحبير وعضر انتقال المحكمة أن جميع مبانى منزل المطعون عليم بما فيها البناء القابم على جزء من القدر المنتصب قد شيدت فى وقت واحد كما أن الثابت فى الحكم أن وضع يد المطعون عليم على الجزء المختصب بدأ فى صنة 1919

⁽١) نقض ٢٤ نوفير ١٩٤٩ ، القضية رقم ٦٦ سنة ١٨ قضائية .

⁽٢) نقض ٣٠ مايو ١٩٤٧ ، القضية رقم ٩٤ سنة ١٥ قضائية .

تاريخ عقد شرائم المنزل فان الحكم فى تقريره آنف الذكر والذى أقام عليه قضاءه برفض طلب الربع عن المدة السابقة على تاريخ رفع الدعوى يكون قد خالف الثابت بالأوراق دون أن يبرر هذه المخالفة تما يستوجب نقضه (١).

وقضت محكة النقض بأنه متى كان الحكم اذ قضى بصورية عقد بيع قد أقم على عدة قرائن منها بخس الثمن ، وتبين أن ما استند اليه فى تقريره ببخس الثمن غالف الثابت بأوراق الدعوى بان كان قد اعتبر المبلغ المذكور فى العقد بأنه دفع للبائع هو جميع الثمن دون أن يضيف اليه ما الترم المشترى بوفائه من ديون على العين المبيعة فان هذا الحكم يكون معيبا فى التسبيب بما يستوجب نقضه (٢).

وقضت بأنه اذا كان الحكم الصادر رد وبطلان ورقة لزو بر الامضاء المطعون فيه الموقع به عليا قد أقم على ما جاء بتقرير الحبير من أن الامضاء المطعون فيه مزور بطريق الشف عن امضاء معرف به لانطباق كل مهما على الآخر ، وعلى ما اتضح للمحكمة الابتدائية من عملية المضاءة التي أجربها من تطابق الامضاء بن وكان ثابتا بتقرير الحبر وجود بضع اختلاقات موضحة به تفصيلا بين الامضاء المطعون فيه والامضاء الصحيح الذي أجريت عليه المضاهاة في دقائق بعض الحروف ، وكان الحكم خاليا من التحدث عن هذه الاختلافات ومدى أثرها على النتيجة التي انتيى اليا الحبر من قيمة تمسك المحالون فيه ونني زويره بطريق الشف عن الامضاء الصحيح ، فهذا يكون قصورا يعيب الحكم بما يوجب نقضه (٢).

⁽١) نقض ۸ مايو ١٩٥٧ ، القضية رتم ٢٦٠ سنة ٢٠ قضائية . وانظر أيضا نقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ ، القضية رتم ٩٠ سنة ١٤ قضائية ، وقد ذكرنا ملخصا له في الفقرة التالية ، وانظر أيضا نقض ٩ نوفجر ١٩٥٠ ، القضية رقم ١١ سنة ١٩ قضائية ، ونقش ٥ يناير ١٩٥٧ ، القضية رقم ٢٣٧ سنة ٢٢ قضائية .

⁽٢) نقض ٢٨ مايو ١٩٥٣ ، القضية رقم ١٤٥ سنة ٢١ قضائية .

⁽٣) نقض ٦ أبريل ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٠٩ سنة ١٨ قضائية .

وقضت بأنه متى كان الحكم اذ قشى بالزام المستأجر بالتمويض قد أقام قضاءه على عدة عناصر ، أنهار أحدها ، لما تين من أنه يناقض الثابت في الأوراق وكان لهذا العنصر أثره في التقدير ، كان قضاؤه بالتمويض باطلا في الأوراق وكان لهذا العنصر أثره في التقدير ، كان قضاؤه بالتمويض باطلا المستأجر خالف ما التزم به من احترام عقد امجار صادر من الموجر الى مستأجر آخر ، وأن المؤجر وكل محاميا ودفع اتمايا ومصروفات في اللموى الى المستأجر الآخر اتما التي اقامها المستأجر الآخر اتما المتحاجر ليقدم عقد الإمجار ولم يوجه اليه طلبا ما غير ذلك ، وكان الحكم الصادر في دعوى هذا المستأجر الآخر لم يلزم المؤجر بشي ما ولم يثبت فيه الصادر في دعوى هذا المستأجر الآخر لم يلزم المؤجر بشي ما ولم يثبت فيه أنه وكل محاميا ، فإن ما استند اليه الحكم الصادر بالزام المستأجر بالتمويض في هذا الحصوص يكون قد ناقض الثابت بالأوراق عما يوجب نقضه (۱).

 ٣٣ ـــ الاحالة في استخلاص الصحيح من الوقائع وتقديره على تقرير خبير الدعوى:

قدمنا أنه تجوز الاحالة فى سرد وقائع الدعوى أو بعضها على حكم فرعى أو موضوعى أو ابتدائى أو غيابى صدر فى ذات الدعوى . كما تجوز الاحالة على تقر ىر خيىر الدموى فى هذا الصدد .

ونضيف أنه بالنسبة الى استخلاص الصحيح من الوقائع وتقدره تجوز الاحالة أيضًا على تقرير خير الدعوى ، بشرط :

 ان تقرر المحكمة فى أسباب حكمها اجراء هذه الاحالة ، ويعد مجرد أخذها بنتيجة تقرير الخبير أخذا بأسبابه نظراً للتلازم بين النتيجة ومقدماً ما .

٢ - أن يكون التقرير المحال عليه صحيحا لم يتمسك خصم ببطلاته.

(۱) نقش أول فبرابر ۱۹۵۱، القضية رتم ۸۰ سنة ۱۹ قضائية ، انظر في تأييد ذات الميداً
 نقش ٦ ديسمبر ، ۱۹۵۱، القضية رتم ۲۱۰ سنة ۹۱ قضائية .

 ٣ – ألا يكون قد حصل التمسك بعدم الاعتداد بتقرير الخير لمخالفته ما أمرته به المحكمة (١)، كما اذا خالف طريقة احتساب أجر عامل على أساس معن حددته له المحكمة .

إلا تكون محكمة الدوجة الأولى قد جرحت تقرر الحبير .

 الا يكون أحد الحصوم قد تقدم بأدلة أو حجج جوهرية بعد صدور التقرير المحال عليه .

واذا عن للمحكة الاعماد على تقرير الحبير فى الأحوال المتقدمة تعين عليها أن تجيب على ما تقدم بأن تحكم بصحة التقرير ، أو تقرر الاعتداد يتقرير الخبير ، أو تجيب على الأدلة والحجج الجوهرية الجديدة التي أدلى بها الحصوم بعد كتابة التقرير والى توثر فيا اشتمل عليه من تقديرات .

وفيا يلى أمثلة من قضاء محكمة النقض صدر تأييدا للمبادئ المتقدمة :

حكم بأن عدم ذكر اسماء الشهود الذين سئلوا في محضر أعمال الحبير وعدم الراده نص أقوالم ليس من شأنه أن يبطل الحكم منى كان قد أشار الهم وأورد مضمون أقوالهم واعتمد تقرير الحبير الذي ذكر أسماءهم وأورد نص أقوالهم ما يكون معه هذا التقرير جزءًا متماً للحكم (٢).

وقضى بأنه اذاكان الحكم قد اعتمد تقرير خبير الدعوى فان هذا التقرير يعتبر فى نتيجته وأسبابه جزءاً مكملاً لأسباب الحكم فلا يعيبه ان هو لم يين الأسباب الى استندالها الحبير فى تقريره (٣).

واذا استند حكم فى تقدير ربح خصم الى قول الحبير الذى ندبته محكمة الدرجة الأولى دون أن يصرح بأنه يأخذ بالأسباب الني بنى علمها الحبر تقريره

 ⁽۱) أو حصلت اعتراضات أخرى وجهت اليه (نقفى ٣ مارس ١٩٥٥ ، رقم ١٩٨ .
 سنة ١٧ قضائية) .

 ⁽٣) نقض ٣٥ يونيه ١٩٥٣ ، القضية رقم ٣٨١ سنة ٢١ قضائية , وانظر أيضا نقضى
 ٣٠ أكتوبر ١٩٥٧ ، القضية رقم ٣٥٩ سنة ٢٠ قضائية .

⁽٣) نقض ٢١ فبراير ١٩٥٢ ، القضية رفم ١٠٤ سنة ٢٠ قضائية .

ودون أن يبن عناصر هذا التقدير ، فانه يعتبر أنه أخذ بالنتيجة التى انهمى اليها خبر الدعوى محمولة على الأسباب التى بنيت عليها ، التلازم بين النتيجة ومقدماتها (۱).

وقضت محكة النقض بأنه منى كانت المحكة قد أثبتت في حكمها أنها اطلبت على تقرير الحبير وعاضر أعماله وتحققت من أنه انتقل الى العين على الذراع وعاينها ، وسعم أقوال الطرفين ، وحقق دفاعهما واطلع على مستنداتهما وطبقها على الطبيعة ثم أخذت بالنتيجة التى انتهى النها ، وذكرت في حكمها أنها تأخذ بهذا التقرير للأسباب التي أوردها فيه وكان في اعتماد الهكمة لتلك الأسباب المدونة في تقرير الحبير الذي يعتبر متمما للحكم ما يكفى لتسبيب قضائها ، فإن الطعن على الحكم بالقصور يكون على غير أساس (٢).

وقضت بأنه اذاكان الحبير المعن من محكة الاستثناف قد خالف الحبير الذي ندبته محكة الدرجة الأولى . وكان الحكم الصادر من محكة الاستثناف قد عنى بفحص الاعتراضات الموجهة الى تقرير الحبير المعن مها ، وكان تقرير هذا الحبر قد ناقش دفاع المعترضين بصورة كافية ، فان أخذ الحكم بتقرير الحبير في هذا الشأن معناه أنه انخذ أسباب التقرير أسبابا له ، وفها ما يفيد ان الحكمة أطرحت أقوال الحبير الأول (٢٠).

أما اذا كانت المحكمة قد رأت عدم الأخد بتقرير الحبير للاعتبارات التي أوردتها فلا ينبغي لها أن تعتمد في حكمها على دليل مستمد من هذا التقرير . وعلى الأخص اذا كان اعهادها على هذا الدليل لم يكن لمحرد تعزيز أدلة أخرى بإركان هو وحده الذي أقامت حكمها عليه (٤) .

 ⁽١) نقض ٨٨ فبراير ١٩٥٧ ، القضية رقم ٨٨ سنة ٣٠ قضائية ، ونقض ١٣ أبريل
 ١٩٥٠ ، الفضية ١٩٦ سنة ٨٨ تضائية .

 ⁽۳) نقش ۲۹ مایر ۱۹۵۳ ، القضیة رقم ۱۹۱ سنة ۲۰ قضائیة ، و انظر آیضا نقضی
 أول پوئیه ۱۹۶۰ ، القضیة رفم ۲۰۳ سنة ۱۸ قضائیة .

⁽٣) تقض ٢ مارس ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٧٨ سنة ١٧ قضائية .

⁽٤) نقض ١٥ فبراير ١٩٤٠ ، مجموعة القواعد القانونية ٣ ص ٩٩

وقضت محكمة التقض الفرنسية بأنه اذا طعن خصم في اجراءات عبير اللحوى وفي موضوع التقرير وكانت اعتراضاته على موضوع التقرير بعضها عام وبعضها خاص ببعض المسائل التي بحثها الخير ، وطلب من المحكمة عدم الأخذ بالتقرير ، وصدر الحكم برفض هذا العلب دون الاجابة على وجوه النقد الخاصة من هذا التقرير ، كان الحكم متعين التقض لحلوه من الأسباب (١).

وقضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم اذ قضى فى موضوع الدعوى قد أحال بعبارة مجملة على تقرير الحبير والمستندات ولم يقتصر على هذه الاحالة بل أردفها ببيان الأسباب التى استند الها ، وكانت هذه الأسباب وافية يكمل بعضها بعضا وتكنى لحمله فيا انهى اليه ، فانه لا يصح النمى عليه بالقصور (٢).

وقضت بأنه اذا ذكر الحكم أن أحدا من الطرفين لم يطعن على تقرير الحير بأى طعن وأن ذلك يعتبر تسليا منهما بما جاء به ، و بناه على هذا اعتمده وأخذ بالنتيجة التي انتهى اليها ، وكان الثابت من المذكرة التي قدمها الشفيع الى الحكمة الابتدائية ، والى محكمة الاستئناف أنه قد طعن على هذا التقرير وتحسك بأن أرضه تجاور الأرض المشفوعة من جهتين وأن لها عليها حق ارتفاق بالرى ، وبأن خصومه سلموا له بحقه فى الشفعة منذ اللحظة الأولى ، كما استند لى تقرير خير استشارى جاء فى نتيجته أن أرضه تحد الأرض المشفوعة من جهتين . فإن هذا الحكم اذ لم يرد على شي من ذلك ، ولم يبين أى سند له في القول بأن أرض الشفيع لا تجاور الأرض المشفوعة الا من جهة واحدة يكون باطلا لقصور أسبابه (٢).

وقضت بأنه اذا دفع المدعى أمام المحكمة الابتدائية ببطلان تقرير الحبير المعين فى الدعوى نخالفته نصوص قانون المرافعات وخالفته الواقع ، فاستبعدت المحكمة تقريره وندبت خبيرا آخر . ومع ذلك أخذت المحكمة الاستثنافية

الله نقض فرنسي ٢٠ نوفير ١٨٥٤ (دالوز ٥٥ -١-٢٥٩)

⁽٣) نقض ٢٦ أكتوبر ١٩٥٠ ، القفية رقم ١٨٤ سنة ١٨ قضائية .

⁽٣) نقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ ، القضية رقم ٩٠ سنة ١٤ قضائية .

فى حكمها بتقرير هذا الحبير دون أن تتعرض لأوجه البطلان التى أثارها المدهى أمام المحكمة الابتدائية وأصر عليها أمامها هى أيضا ، ودون أن تفند الأسباب التى من أجلها استبعدته محكمة الدرجة الأولى ، فهذا الحكم يكون معيبا فى تسبيبه بما يستوجب نقضه (1).

۲۶ – عدم جواز الاستناد الى اجراءات اثبات تمت فى قضية .
 أخرى – استثناء:

القاعدة أنه لا مجوز المحكة أن تسند حكها الى قرائن مستخلصة من أوراق أو مستندات أو اجراءات اثبات قلمت أو تمت في قضية أخرى غير التي تنظرها ولوكانت بين نفس الحصوم ، اذيازم أن تتخذ الاجراءات ومن بينها اجراءات الاثبات – في مواجهة طرفي الحصومة وأمام ذات المحكمة التي تفصل في موضوع الدعوى .

واستثناء من هذا الأصل العام أجاز المشرع - بشروط خاصة - الالتجاء الى القضاء للمحافظة على الدليل قبل رفع الدعوى بالموضوع الى المحكمة المختصة ، وأمام هذه المحكمة بجوز الاستناد على الدليل (راجع المواد ۲۷۷ ، ۲۳۲ ، ۲۷۷ (۲).

وتنص المادة ٢/٣٠٤ على أن الحكم باسقاط الخصومة لا يمنع صاحب المصلحة من التمسك باجراءات التحقيق وأعمال الحبرة التي تمت ما لم تكن باطلة في ذاتها . ويفترض بطبيعة الحال أن يحصل التمسك بها في خصومة أخرى ترفع عن نفس الموضوع الذي رفعت به الحصومة التي حكم باسقاطها .

واذا أحيلت القضية من محكمة الى أخرى ، فانه بجوز للمحكمة المحال الها الدعوى ــ أيا كان سبب الاحالة ــ أن تعتمد على النتيجة المستخلصة من اجراءات التحقيق وأعمال الحبرة التي تمت فى مواجهة الحصوم أمام المحكمة التي رفعت الها الدعوى أولا متى كانت اجراءات الانبات صحيحة فى ذاتها (٣) ، وذلك تمشيا مع أنجاه النصوص المتقدمة .

 ⁽١) نفض ١٦ أبريل ١٩٤٥ ، القضية رتم ١٩٣٣ سنة ١٤ تُضائية ، وانظر أيضا تقضى
 أول ديسمبر ١٩٣٧ الخمامة ١٣ ص ٥٣٠

⁽٢) راجع الفقرة وقم ٢٤ من كتاب المرافعات.

 ⁽٣) أنظر وقارن كتاب الدفوع ، الطبعة الثانية رقم ٢٤ وما اشرقا اليه من مراجع .

78 - 9 - تقدير الادلة التي اعتمد عليها الخصوم واستندت اليها المحكة تقديرا يتمشى مع المنطق السليم - ضرورة تدوين طريق ثبوت الادلة المحكمة لا تنقيد بالادلة والحجج التي يستند اليها خصم الدعوى في تأييدها أو رفضها بل هي تملك في سبيل تكوين اقتناعها السليم أن تأمر بما ترى اجراه لاثباتها (۱):

قلمنا أن قاضى الدعوى له مطلق الحرية فى أن يستخلص قضاءه من واقع الجراءات الاثبات التي أمر بها ، ومن واقع ما فى ملف الدعوى من مستندات وقرائن بشرط أن يتقيد بقواعد الاثبات الموضوعية ويأخذها عن القانون أخذا صحيحا ، وأن يتقيد بالاجراءات الشكلية المقررة فى قانون المرافعات ولا يعتمد على اجراءات باطلة .

وقاضى الدعوى مقيد أيضا عند استخلاص الوقائع الصحيحة بتقديرها تقديرا يتمشى مع المنطق السلم ، فان خالفه كان حكمه معيبا ، وهو من ناحية أخرى ملزم بتدوين طريق ثبوت الأدلة حتى تتمكن محكمة الطعن من مراقبة قضائه .

ومتى توافر كل ما تقدم يستوى أن يختار القاضى الاعباد على شهادة شاهد دون آخر ، أو يعتمد على قرينة دون أخرى من نفس قوتها .

وتذكر فيا يلى أمثلة من القضاء لأحكام اعتمدت على منطق سلم فى استخلاص الوقائع ، وأخرى اعتمدت على منطق مشوب لا يتمشى مع طبيعة الأمور ، وأحكام لم تذكر طريق ثبوت الأدلة التى اعتمدت علمها ، وأحكام لا غبار علمها لأمها فضلت شهادة شاهد على شهادة آخر ، أو اعتمدت على قرينة دون أخرى من نفس مرتبتها وقوتها .

⁽١) استناف نخطط ٢٠ نوفير ١٩٣٠ بجلة التشريع والقضاء ٤٣ ص ٣١ ، وراجع الأحكام المديدة المشار اليها في كتاب الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع في باب حجية الأحكام التمهيدية .

٣٦ ــ أمثلة لتقدير سليم لوقائع الدعوى :

١ – اذا كانت المحكمة قد قضت ببطلان عقد البيع الذي عنى رهنا واستخلصت قرينة نخس الثمن من أوراق الدعوى التي استننت اليها في تفنيد تقدر الحبير لقيمة الأرض فان حكمها يكون سليا صحيحا في تسبيبه (١).

۲ — اذا كان الحكم بعد أن ننى عن العقود وصف الرهن التجارى من واقع نصوصها أشار الى ما جرى به العرف من التعامل على أساس عقود عمائلة للعقود موضوع النزاع ، وقرر أن القضاء المصرى لم ير قبها ما مخالف القانون فانه يكون فى غير محله ما ينعاه الطاعن على الحكم من أنه أسس قضاءه على ما جرى به العرف مغلبا اياه على نصوص القانون الأمرة (٣).

٣ – اذاكانت المحكمة بعد أن حققت وجه البطلان المدعى به خامست الى أن ذكر أربعة قضاة فى ديباجة الحكم لا يعدو أن يكون خطأ ماديا وأنه لم يشترك فى المداولة فى القضية واصدار الحكم فيها الا ثلائة قضاة هم المذكورة أسماؤهم بمحضر الجلسة ، وكان هذا المحضر مكلا للحكم وكان مجرد الحطأ المادى فى الحكم لا يوثر فى سلامته وكانت المحكمة قد خلصت الى هذه النتيجة بأسباب سائفة تودى اليها ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض اللغم ببطلان الحكم الابتدائى لا يكون قد خالف القانون (٣).

٤ ... لما كان تقدير الضرورة الداعية للحراسة أو الحطر الموجب لها هو من المسائل الموضوعية . وكانت الأسباب الى أقامت عليها المحكمة قضاءها برفض الحراسة لا تخالف نصوص القانون المدنى الى تجيز للمحكمة القضاء بهذا الاجراء التحفظى اذا ما تجمع لدى صاحب المصلحة فى منقول أو عقار من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا فى بقاء المال تحت يد

⁽١) نقض ١٠ يونيه ١٩٥٤ ، القضية رقم ٢٢٣ سنة ٢١ قضائية .

 ⁽۲) تقض ۲۱ مایو۱۹۵۳ ، القضیة رقم ۱۱۰ سنة ۲۱ قضائیة ، وراجع أیضا تقض
 ۲۹ مارس ۱۹۵۱ ، القضیة رقم ۱۲۷ سنة ۱۹ قضائیة .

⁽٣) نقض ٢٥ يونيه ١٩٥٣ ، القضية رقم ١٤ سنة ٢١ قضائية .

حائزه ، لما كان ذلك ، وكانت الأسباب التى استندت البها المحكمة فى رفض طلب الحراسة مبررة لقضائها فان النص على الحكم بمخالفة القانون أو القصور فى التسبيب يكون على غير أساس(۱).

مس متى كانت المحكمة اذ قضت بصحة السند المطعون فيه قد قررت
 ان اضافة شرطة أفقية الى رقمه الأصلى لا تقطع فى تزويرالسند لاحتال حصول
 هذه الاضافة وقت كتابته تبعا لطريقة الكاتب الخاصة . فان ما قررته هو أمر
 يدخل فى نطاق سلطة تقديرها الموضوعية(٢).

٣ - متى كانت المحكمة قد كيفت العقد التكييف القانونى الصحيح اذ اعتبرته عقد شركة وتحدثت عما قامت به المطعون عليها من جهد للحصول على تصاريح الاستيراد وأن هذا الجهد كان محل تقدير الطاعن نفسه حتى لقد قبل أن يكون المعطعون عليها لقاء ذلك النصف فى أرباح الشركة محل النزاع ، كما كتب لمدير الشركة المطعون عليها مشيدا بهذا الجهد وبأنه لولاه لاستحال على الطاعن الحصول على التصاريح ، وكانت المحكمة قد اعتبرت هذا العمل الذى قامت به الشركة المطعون عليها حصة قانونية بالاضافة الى ما تتمتع به من سمعة تجارية فان حكمها يكون سلما فى أسبابه (٣).

٧ – متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكة لم تر فيه قاله الطاعن من أن البائعة كانت مريضة ورض الموت عند تحرير عقد البيع الا مجرد ادعاء غير جدى لأن الطاعن لم يقدم دليلا أوحتى قرينة على أنها كانت مريضة ، فان المحكة ... بناء على هذه الأسباب السائفة التي أوردتها ... تكون قد رفضت ضمنا طلب الاحالة على التحقيق لاثبات مرض الموت . وهذا لا خطأ فيه في تطبيق القانون كما لا يشوبه القصور (٩٠).

⁽١) نقض ٣٥ يونيه ١٩٥٢ ، القضية رقم ٩٩ سنة ٢١ قضائية .

⁽٣) نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٥٢ . القضية رقم ١٠١ سنة ٢٠ قضائية .

⁽٣) نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٣٣١ سنة ٢٠ قضائية .

⁽٤) نقض ٢٧ نوفبر ١٩٥٧ ، القضية رتم ٢٦٨ سنة ٢٠ قضائية ، وانظر أيضا نقض ٢٠ نوفير ١٩٥٣ . القضية رتم ١٤٤٤ سنة ٢٠ قضائية . ونقض ٧ ديسمبر ١٩٥٠ ، القضية رتم ٨ سنة ١٩ قضائية . ونقض ٣ مايو ١٩٥١ ، القضية رتم ٨٨ سنة ١٩ قضائية .

۸ ــ متى كان الحكم المطعون فيه اذ قضى مسئولية الطاعة عن الفرر الذى لحق المطعون عليهما بسبب غرق ابنهما فى حمام للسباحة أقام قضاءه على ما استخلصه من أوراق الدعوى من أن الطاعنة عينت الملاحظت وهى التى تندب من يقوم مهم بالملاحظة والاشراف على الحمام ، مما تتوافر معه علاقة تبعية هوالاء الموظفين الى الطاعنة ، وبالتالى مسؤليها عما يرتكبه هؤلاء التابعون من أخطاء تسبب ضررا الغير فى حالة تأدية وظائفهم أو بسبها ، فانه يكون نما لا جدوى فيه البحث فيا اذاكانت مرتبات موظفى الحمام تدفع لم عن أعمالم فى الحمام وحده أو عن أعمال أخرى منضمة اليه (١).

9 متى كان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه اذ اعتمد الوفاء الحاصل من المطعون عليه الأول الى المطعون عليه الأالى قد قرر أن الحطاب الذى يعتمد عليه الطاعن فى اثبات علم المطعون عليه الأول يملم من بواليص الشحن المرسلة اليه باسم المطعون عليه الثانى أن هذا اليصل محملوك لشاحته ولما لم يفده الطاعن عما بجب اتباعه فى شأن تخزين البصل سلم ثمنه للمطعون عليه الثانى على اعتبار أنه هو المالك الظاهر له ، ثم أخذ عليه وصولا بقبض الثمن . وأن المكاتبات المتبادلة بين الطاعن والمطعون عليه الثانى ليست حجة على المطعون عليه الأول لأنها ليست صادرة منه ولا توقيع له علمها ، فان هذا الذى قرره الحكم هو استخلاص موضوعي سائغ يكنى لحمله ولاغالفة فيه القانون ولا يشوبه قصور (۱).

١٠ ـ اذا اتخذت المحكمة من عزل الطاعن عن التوكيل باعلام شرعى قرينة اضافها الى الأدلة والقرائن الأخرى التى أوردتها فى حكمها واعتمدت على كل ذلك فى ان وضع يد الطاعن على الأطيان محل النزاع لم يكن بصفته مالكا وانما كان بصفته وكيلا عن المطعون عليها وبقية الورثة ، فلا مخالفة فى هذا لقواعد الإثبات (٣).

⁽١) نقض ١٢ نوفر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٠ سنة ٢٠ فضائية .

⁽٢) نقض ه مارس ١٩٥٣ ، القضية رقم ٤٢٨ سنة ٢٢ قضائية .

⁽٣) تتمن ٢٩ نوفير ١٩٥١ ، الغضية رقم ١٩٤ سنة ١٩ قضائية .

11 - متى كانت المحكمة قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها أن دعاوى الاسترداد التي رفعت من الغير وقضى فيها جميعا بالرفض كانت دعاوى كيدية أقيمت بايعاز من الطاعن والتواطؤ معه اضرارا بالمطعون عليه ، كما استدلت على كيدية الدعاوى التي رفعها الطاعن على المطعون عليه بمضيه في التقاضى رغم رفض جميع دعاويه السابقة وباستمراره في اغتصاب الأطيان موضوع الزاع رغم الأحكام المتعددة الصادرة عليه ، فانه يكون في غير محله النمي على حكمها بالقصور في بيان ركن الحطأ في مسئولية الطاعن (١).

17 - متى كان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه اذ قضى للمطعون عليه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب الدعاوى المكيدية التي رفعها الطاعن قرر أن مسلك هذا الأخير استنفد من وقت المطعون عليه وجهوده وماله الشئ الكثير ليجابه نشاط خصمه وان هذه الاجراءات الكيدية التي عانى منها المطعون عليه وأقلقت باله فى مدى أحد عشر عاما تقدر المحكمة عنها المبلغ الذي قضت به فان فى هذا الذي أورده الحكم البيان الكافى لعناصر الفرر الذي قضى بالتعويض عنه (؟).

۱۳ متى كانت المحكمة اذ قضت برد وبطلان العقد المدعى بتزوبره قد استندت فى ذلك الى ما استخلصته استخلاصا سائفا من أقوال الشهود مضافا اليه القرائل الأخرى التى تضافرت فى تكوين عقيدتها بتزوبر العقد موضوع النزاع : فان حكمها يكون عنأى عما يعاب عليه ولا يغير من النتيجة التى انتهت المهابوت عليها لا ختم مصطنع لها حسيا ذكرته فى شواهد النزوبر مى كانت المحكمة قد تبينت من التحقيق الذى أجرته أن التوقيع به حصل بغير علم من المطعون عليه (٢).

⁽١) نقص ١٠ أبريل ١٩٥٧ ، القضية رقم ٢٦٩ سنة ٢٠ قضائية .

⁽٣) نقض ١٠ ابريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٦٩ سنة ٢٠ قضائية .

⁽٣) فقض أول مايو ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٠١ سنة ٢٠ قضائية .

18— متى كان الحكم لم يتخذ قرينة على صحة عقد البيع المقول بصدوره من مورث الحصوم الى المعلمون عليها الأولى لم يتخذ من مجرد عدم طعن الطاعنات الثلاث الأخيرات عليه بالتزوير فى الدعوى السابقة المقامة عليهن من المطعون عليها الأولى بطلب تثبيت ملكيتها الى بعض أشجار النخيل المبيعة اللها من المورث مم تشخيل المبيعة الله من المورث مم القرينة من طعهن عليه فيها بالصورية عما يفيد اعرافهن بصدوره من المورث ، كذلك لم يتخذ الحكم من مجرد حضور الطاعن الأولى فى الدعوى السابقة بصفته وكيلا عن احدى الطاعنات الثلاث الاخيرات ، وعدم طعنين فيها بالتزوير قرينة عن احدى المعين في تلك الدعوى والتي تم عن الاعتراف بصدور عقد البيع على صحة المعد . بل اتحذ هذه القرينة من أقواله التي لا ينازع في أنه أبداها على من المورث – فان الطعن في الحكم بالقصور وبالحطأ في تطبيق القانون يكون عن المارث – فان الطعن في الحكم بالقصور وبالحطأ في تطبيق القانون يكون على أساس (۱).

٣٧ – أمثلة لتقدير مشوب لا يتمشى مع منطق سلم – وجوب الاخذ بظاهر ما تشفه الأوراق والمستندات والقرائن والا وجب ايراد أسباب العدول عن الاخذ بذا الظاهر:

 ا حقضت محكمة النقض بأنه لا يتصور أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها – اعمالا لنص المادة ٢٥٠٠ (٢٠ بر د وبطلان عقد لنزو بره بعد أن ثبت لها عجز مدعى النزو بر عن اثبات ما يدعيه ، وبعد أن اقتنعت المحكمة بصحة ذلك المقد (٢)

۲ -- اذا كان الحكم اذ انتهى الى عدم جدية عقد البيع وتواطؤ المشترى فى تحريره قد استدل على ذلك باقرار غير مسجل صادر من البائم فى تاريخ سابق على هذا العقد ولا يتضمن أية اشارة اليه ، فان ذلك يكون استدلالا غير سائغ لا يؤدى الى النتيجة التى انتهى الها الحكم (٤).

⁽١) نقض ٨ مارس ١٩٥١ ، القضية ١٣٤ سنة ١٩ قضائية .

⁽٣) فص هذه الهادة و يجوز السحكة ، ولو لم يدع أسامها بالتزوير بالاجواءات المتقدمة أن تحكم برد أية ورقة وبطلانها اذا ظهر لها بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة، ويجب طليها فى هذه الحالة أن تبين فى حكها الظروف والثرائن التي استبانت منها ذلك .

⁽٣) تقض ه يتاير ١٩٥٦ ، القضية رقم ٢٠٤ سنة ٢٢ قضائية .

⁽⁸⁾ نقض ۲۳ نبرایر ۱۹۵۹ ، القضیة رقم ۲۵۰ سنة ۲۲ قضائیة .

٣ -- متى كانت المحكة بعد أن قررت فى صدر حكمها أنه كان من المحكة القنصلية اليونانية من الأصوب أن يستصدر المحاى أمرا بتقدير اتعابه من المحكة القنصلية اليونانية عن القضايا التى فصلت فيها خصوصا وان المذكرات والمستندات أساس المطالبة مكتوبة باللغة اليونانية التى تجهلها المحكة ولم تترجم بأكلها الى اللغة العربية عادت فأقامت قضاءها للمحاى بما يستحقه من أتعاب عن مباشرة الأعمال القضائية وغير القضائية أمام جهتى التقاضى القنصل والمختلط على ذات المستندات المحردة باللغة اليونانية التى تجهل المستندات المحردة باللغة اليونانية التى تجهل حقيقتها ، فان حكمها يكون معيبا بعيب التناقض (1).

٤ – اذا قررت المحكة في حكمها أن الحصة التي رسا مزادها هي غير الحصة المطالب بها وبأن الأشخاص الذين تلتي الحصم منهم ملكية الحصة التي رسا مزادها عليه هم غير الأشخاص الذين تلتي الطاعن منهم ملكيته ، وكان هذا اللجي اعتمدت عليه المحكة خلوا من بيان مفصل عن المستندات التي استمدت منها تقريرها ، وخلوا من بيان الأدلة والقران التي جعلت المحكمة تنتهي الم هذا التقوير – وكان هذا البيان الأدلة الفصل في الدعوى فان الحكم يكون معينا بقصور بيطله ويستوجب نقضه ٧٠.

ه لا كان يبين من الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع أسست قضاءها بثبوت الربا الفاحش على أن القروض قد عقدت في ظروف ألية خلال مدة الحرب في بلد عتله العلو على أن تسدد بالعملة المصرية ودونت في مستندات غير مؤرخة ولم يبين فيها مكان تحريرها وعلى أن ظروف الاستدانة تدل على أن المقترض كانوا في حالة ضيق شديد أثناء وجودهم بفرنسا أذ سببت لهم الحرب انقطاع سبل معاشهم فاضطروا للجوء الى الطاعن الثاني وغيره للاقتراض منهم . وكانت هذه الظروف التي اعتبرها الحكم دليلا على ثبوت الربا الفاحش لا تؤدى عقلا الى ثبوته ، ذلك لأن كل مدين لا يلجأ الى الاقتراض عادة الا اذاكان في ظروف تضطره اليه فليست هذه الضرورة في حد ذاتها دليلا على ثبوت الربا الفاحش . وكذلك لا يؤدى الى اثباته خلو

⁽١) نقض ١٦ يونيه ١٩٥٥ ، القضيتان رقم ٢١٨ ، ٢٦٧ سنة ٢٣ قضائية .

⁽٢) نقض ٢٧ نوفير ١٩٥٧ ، القضية رقم ٢٢٣ سنة ٢٠ قضائية .

سندات الدين من بيان تاريخ ومكان تحربرها ، وكان للمحكمة متى رجع للسها من قرائر الحال فى الدعوى احبال مظنة الربا الفاحش أن تحيل الدعوى على التحقيق ليثبت المدينون بمقتضى السندات دفاعهم (١٠).

٣ — اذاكان الحكم قد أقام قضاءه بصورية عقد مورثة الطاعن على جملة قرأن منها القرينة المستمدة من اقامتها مع خلفا البائع فى تاريخ المقد و قيام المصاهرة بينهما لوجو دها وقتئذ فى عصمة ابنه استنادا الى ما عز اه خطأ الى الشهود الذين سمعوا فى التحقيق الذى أجرى فى الدعوى ، وكانت تلك القرآن التى استند اليها وحدة ماسكة تضافرت فى عقيدة المحكمة بحيث أن المهار احداها يترتب عليه بطلان الحكم فهذا الحكم يكون قد عاره خطأ فى الاسناد يستوجب نقضه (٢).

٧ – عجز المدعى عليه عن اثبات دفاعه لا يصح أن ينهض في ذاته
 دليلا على صحة دعوى خصمه (٣).

۸ — اذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية عقد على أن المشرى قد اشرى العين مع علمه بسبق تصرف بائعه فى هذه العين لغيره وبوضع يد هذا الغير عليها من تاريخ شرائه وتوانيه هو فى رفع دعواه بصحة التعاقد الحاصل معه الى ما بعد مضى سنة من تاريخ سنة عقده . فهذا الحكم يكون قاصرا اذهذه القرائ لا تودى الى الصورية التى انتهى الها (٤٠).

٩ — اذا كانت المدعية قد أقامت دعواها على وزارة الممارف بتعويض الفرر الذى أصابها على أنها اذكانت تحاول الحروج من مصعد بمستشفى تابع للوزارة وقف المصعد بعد تحركه بقليل وظل معلقا بن الدور الأرضى والدور الأول فقفز منه العامل المنوط به تحريكه ثم تغز بعض زميلاتها اللاتى كن معها فيه ، ثم لما ارادت هى أن تقفز مثلهن تحرك المصعد فجأة وأطبق علها فسبب لها الاصابات التى احدثت مها الأضرار التى تطالب بالتعويض عها ، وعزت

 ⁽١) نقض ١٢ مارس ١٩٥٣ ، القضية رتم ٣٧٥ سنة ٣٠ قضائية ، وأنظر أيضا في تأييد
 المبدأ المذكور في المكن نقض ٧٧ ديسمبر ١٩٥١ ، القضية رتم ٣٨ سنة ٣٠ قضائية .

⁽٢) نقض ١٥ نوفبر ١٩٥١ ، القضية رقم ١٥ سنة ٢٠ قضائية .

⁽٣) نقض ١٧ أبريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٥٠ سنة ٢٠ قضائية .

⁽٤) نقض ١٥ ديسمبر ١٩٤٩ ، التضية رتم ٢٠٧ منة ١٧ قضائية ، وانظر أيضا في تأييد المذكور في المتن نقض ٨ يونيه ١٩٥٠ ، القضية رتم ١٩٦١ سنة ١٨ قضائية .

ماكان من تحرك المصعد بعد توقفه الى خطأ موجب لمسئولية الوزارة ، فرفضت المحكمة هذه الدعوى على أساس أن المصعدلم يتحرك بعد توقفه مهدرة أقوال شهود المدعية فى صدد هذه الواقعة لما قام لديها من عدم الثقة بهم مغفلة فى ذات الوقت اعترافا صريحا من المدعى عليها بهذه الواقعة دون أن تبن علم الخات اغفاله ، فان حكمها يكون قاصرا ، اذ لو أن المحكمة لم تغفل هذا الاعتراف وتعتبر المدعية عاجزة عن اثبات تلك الواقعة الجوهرية مع تسليم الحصم بها ، وعنيت بتحرى صحبها فريماكان يتغير نتيجة لذلك وجه الرأى فى الدعوى (۱).

١٠ - اذا كانت المحكة فى تقديرها أتعاب محام عن عقد قام به قد استندت فى ترجيح دعوى المحامى على دفاع المحكوم عليهم بالاتعاب الى ظروف اللدوى وملابساتها ، دون أن تفصح عن ماهية هذه الظروف والملابسات ، ثم قررت فى حكمها أنها راعت فى تقدير أتعاب المحامى ما قام به من تذليل العقبات القانونية التى اعترضت اتمام العقد الذى قدرت عنه الأتعاب وما بذل من جهود فى سبيل بحث مستندات التمليك دون أن تبن سندها فى هذا التقرير الذى كان موضع منازعة من المحكم الابتدائى . فهذا وذاك قصور يبطل حكمها . اذ بدون هذا البيان عن الحكم الابتدائى . فهذا وذاك قصور يبطل حكمها . اذ بدون هذا البيان .

11- ان قاضى الدعوى لا مجوز له قانونا أن يطرح ما يقدم له تقديما صحيحا من الأدلة أو الأوراق المؤثرة فى حقوق الحصوم دون أن يورد فى حكمه ما يبرر هذا الاطراح بأسباب خاصة . فاذا هو سكت . لغير علة ظاهرة فى حكمه . عن بحث المستدات التى لم تخلف طرفا الحصومة لا على حجيبًا ولا على دلالهًا الظاهرة . فان حكمه يكون باطلا لقصور أسبابه . ولا يجديه أن يقال انه فعل ذلك عن طريق تأويل الدليل أو تفسير الورقة فان سلطته فى تفسير الأوراق والمستدات . وفى العدول عن معناها الظاهر

⁽¹⁾ نقض ۹ مارس ۱۹۵۰ ، القضية رقم ۱۶۹ سنة ۱۷ قضائية .

⁽٢) فقض ه ٢ مايو ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٩٧ سنة ١٨ قضائية .

الى المعنى الذى يريد الأخذ به ليست سلطة مطلقة بل هو مقيد بوجوب أيراد الأسباب التى يستند النها فى ذلك حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة ما اذا كان قد أخذ فى تفسره باعتبارات معقولة أم لا (١).

١٢ متى كان مفاد ما قرره الحكم أنه لم يلق بالا الى حقيقة ما أثبته الحبير
 ف تقريره مما يغير به وجه الرأى فى الدعوى فانه يتمين نقضه (٢).

١٣ لا يكني أن تأخذ المحكمة باقتراح المأمورية في تقدر أرباح الممول وتصفه بأنه قد بني على أسس جدرة بالاعتبار دون أن توضح هذا القول كما لا تملك طرح تقرير الحبر وتقدره والاسباب التي بني علمها ، وطرح قرار لجنة التقدر وأسبابه دون أن تجيب على هذا أو ذلك (؟).

 ٢٨ – اذا تناقضت الادلة أو تقارير الحبرا. وجب على الحكة أن توائم بينها والا كان حكها مشوبا ان هى اعتمدت عليها جميمها .

و ترتيبا على ما تقدم قضت محكمة النقض بأنه اذا كان بيين مما أورده الحكم أن المحكمة استندت في قضائها برد وبطلان السند المطعون فيه بالتزوير الى ما ورد بتقريرى الحبرين المقدمين في الدعوى رغم اختلافهما في تحديد مواطن التزوير في المحرر المذكور وطريقة حصوله ، ولم تبين كيف واحمت بين الرأيين فهما – على ما بينهما من تفاوت ظاهروعلى استحالة تصور الجمع بينهما . وانها أضافت الى ذلك مشاهدتها الحاصة وقطعت بها في حصول التزوير في مسألة اختلفت فيها ابحاث الحبراء دون أن تبين هي مواضع التزوير التي في مسألة اختلفت فيها ابحاث الحبراء دون أن تبين هي مواضع التزوير التي رأتها ودلائله التي اطمأنت الها فان الحكم يكون قاصر البيان (1).

 ⁽١) نقش ۱۱ يونيه ۱۹۳٦، القضية رقم ٧ سنة ٦ تفسائية . وانظرأيضا في تأييد المذكور
 بالمتن نقض ١٤ مارس ١٩٤٥، القضية رقم ٣٠ سنة ٩ قضائية .

⁽٣) نقض ٢٩ مارس ١٩٥٦ ، القضية رقم ٣٤٦ سنة ٢٢ قضائية .

⁽٣) نقض ٣ أبريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٦٦ سنة ٢٠ قضائية .

⁽¹⁾ نقض 10 مارس 1907 ، القضية رقم ٣٣٩ سنة ٢٢ قضائية .

وقضت بأنه متى كان الحكم قائمًا على قرينتين مجتمعتين وكانت احداهما مجردة عن الدليل ولا يبين منه أثر كل واحدة مهما على حدة فى تكوين عقيدة المحكة بحيث لا يمكن أن يعرف ماذا يكون قضاؤها مع استبعاد احداهما فانه يكون من المتعين نقض الحكم لقصور أسبابه (١).

٢٩ ـــ أمثلة لاحكام لم تذكر طريق ثبوت الادلة الى اعتمدت عليها ،
 أو لم تعتمد على أدلة ما فيها قضت به :

١ -- اذاكان الحكم قد قال بقيام شركة تضامن بين المدعى والمدعى عليهم دون أن يوضح كيف استخلص من مجموع الأدلة التى استند اليها القول بوجود شركة بينهم أن هذه الشركة بالذات هى شركة تضامن لا شركة محاصة فانه يكون قاصر البيان متعينا نقضه (٧).

٧ — اذا نازع المدعى عليه جهة الوقف فى ملكتها للأعيان المطلوبة مدعا أنه علكها بالشراء من مالكها الحقيق ، وقضت المحكمة الجهة الوقف بالملكية تأسيسا على بجرد أن الأرض الموقوفة لا بجوز بيعها الا باذن من القاضى الشرعى ، فانها بذلك تكون قد اعتبرت الملكية مسلمة لجهة الوقف . فاذا هى لم تعن ببيان الأدلة التى أقامت عليها هذا الاعتبار المنازع فيه ، كان حكمها قاصر التسبيب متمينا نقضه (٧).

٣ – اذا ندبت المحكة خيراً لبيان حصة كل من الوقفين على الدعوى في العين المؤجرة لتحديد نصيب كل منهما في تكاليف البناء الذي أحدث ، فلم يبن الحبر ذلك ، ومع هذا أخذت المحكة سذا التقرير دون أن تبن سبب عدولما عن ايجاب تنفيذ الحكم التمهيدى ولا علة قضائها بالزام الوقفين معا عصاريف البناء مما مفاده أنها ألزمتهما بها مناصفة ، فان حكمها يكون قاصر البيان في هذا الحصوص قصورا يستوجب نقضه (١٠).

⁽١) نقض ٢٠ أبريل ١٩٥٠ ، القضية رقم ٢٠٥ سنة ١٨ قضائية .

⁽٣) فقض ٩ أكتوبر ١٩٤٧ ، القضية رقم ١١٤ سنة ١٦ قضائية .

⁽٣) نقض ٢١ نوفبر ١٩٤٦ ، القضية رقم ١٣٩ سنة ١٥ قضائية .

⁽٤) نقض ١٩ يناير ١٩٥٠ . القضية رتم ٣٩ سنة ١٨ قضائية ، وراجم أيضا في تأييد ذات الميدأ نقض ٣٥ مايو ١٩٥٠ - القضية رتم ١٩٥٤ منة ١٨ قضائية .

٤ ... يكون الحكم قاصراً قصورا يستوجب نقضه اذا اعتبر الدائن مقصرا فى استغلال العين المرهونة دون أن يوضع كيفية ثبوت هذا التقصير ، مكتفيا بعبارة غامضة لا تكشف عن أى معنى (1).

٥ — اذا كان ثمن العن المشفوع فيها على نزاع بين الحصوم فى دعوى الشفعة مما حدا بمحكمة أول درجة الى احالة الدعوى على التحقيق للوصول الى معرفة حقيقة الثمن ، وسمعت شهود الطرفين اثباتا ونفيا فى هذا الحصوص، فأن الحكم المطعون فيه اذخلا من بيان الدليل الذي استند اليه فى قضائه بالشفعة بالثمن الذي تحسك به الشفيع دون الثمن المسمى فى العقد يكون قد شابه قصور بيطله (٧).

٦ -- افتراض الحكم ثبوت اتحاد المبيع في العقدين دون بيان الدليل
 على صمة هذا الافتراض هو قصور يستوجب نقضه⁽⁷⁾.

٧ -- اذا جاء الحكم قاصرا عن بيان الوسائل غير المشروعة التي استعملت لاكراه الحصم على التوقيع على الاتفاق . فان الحكم يكون مشوبا يستوجب نقضه (٩).

٨ = اذا اعتبر الحكم الحصومة غير قابلة للتجزئة دون أن يبين كيف
 توافر الدليل على ذلك ، فإنه يكون مشوباً باطلا^(٥).

٩ ــ متى كان الحكم المطعون فيه اذ قضى للخصم بمبلغ معين على سبيل التعويض لم يبين عناصر الفيرر الذي قضى من أجله بهذا المبلغ ، فانه يكون قاصر ا قصور ا يستوجب نقضه (٦).

⁽١) نقض ٢٧ يناير ١٩٥٥ – القضية رقم ٢٩٩ سنة ٢١ قضائية .

⁽٣) نقض ٣٧ أكتور (١٩٥٣ ، القضية رقم ١٥٨ سنة ٢١ قضائية . وأنظر أيضا في تأييد نفس المبدأ نقض ٧٧ ديسمر ١٩٥١ ، القضية رقم ١٣٨ سنة ١٩ قضائية ، ٧٧ نوفبر ٥٧ ، رقم ٣٧٣ سنة ٢٠ قضائية – تقدم ذكر ملخص له في الفقرة رقم ٣٣ .

⁽٣) نفض ٢١ ديسمبر ١٩٥٠ ، القضية رقم ٢٢٠ سنة ١٨ قضائية .

⁽٤) نقض ٨ فبر اير ١٩٥١ ، القضية رقم ٩٦ سنة ١٨ قضائية . .

⁽٥) نقض أول مارس ١٩٥١ ، القضية رقم ٢٠٠ سنة ١٨ قضائية .

⁽٩) نقض ٢٧ مارس ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٠٠٧ سنة ٢٠ قضائية .

١٠ لا يكفى أن تأخذ الهكمة باقتراح المأمورية فى تقدر أرباح المحول
 وتصفه بأنه قد ينى على أسس جديرة بالاعتبار دون أن توضع هذا القول(١).

٣٠ ــ لا تثريب على المحكمة ان هي آثرت شهادة على أخرى :

القاعدة أن قاضى الدعوى حر فى أن يستخلص من أقوال الشهود ما يطمئنه ويرتاح اليه فى قضائه ، فله أن يعتمد على شهادة دون أخرى ، وتقديره فى هذا الصدد لا يخضع لاشراف أو رقابة ، بشرط أن يكون ما استخلصه من أقوال الشاهد غير مناقض لما هو ثابت بمحضر التحقيق . واذن لا تلزم المحكمة ببيان سبب أتحذها بأقوال شهود الاثبات دون النني اذ ذلك منوط — كما قدمنا – بتصديقها اياهم واطعئنانها اليهم بغير رقابة علها (؟).

٣١ – لا تثريب على المحكمة أن هى اعتمدت قرينة دون أخرى من نفس مرتبتها وقوتها :

القاعدة أن المحكمة لا تتقيد برأى الحبير المنتدب في الدعوى لتقدير أمر ما يل لها أن تطرحه وتقضى فيها بناء على الأدلة الأخرى المقدمة اليها وذلك دون أن تكون ملزمة بندب خبير آخر متى وجدت في هذه الأدلة الأخرى ما يكنى لاقامة قضائها(؟؟).

٣٣ – لا تثريب على المحكمة ان هى فضلت قول خبير على آخر :

فاذا كان الحبر المعن من محكمة الاستثناف قد خالف الحبر الذي نديته عكمة الدرجة الأولى . وكان الحكم الصادر من محكمة الاستثناف قد عنى بفحص الاعتراضات الموجهة الى تقرير الحبير المعن منها ، وكان تقرير هذا الحبير قد ناقش دفاع المعرضين بصورة كافية ، فان أخذ الحكم بتقرير الحبير فهذا الشأن معناه أنه اتحذ أسباب التقرير أسبابا له ، وفيها ما يفيد أن المحكمة أطرحت أقوال الحبير الأول (٤٤).

 ⁽١) نقض ٣ أبريل ١٩٥٢ ، التفسية رقم ١٦٦ سنة ٢٠ قضائية ، أشرنا اليه في الفقرة دقم ٢٢ .

⁽۲) نقض ۲۹ ديسمبر ۱۹۹۹ - القضية رقم ۴۵ سنة ۱۸ قضائية ، ونقض ۷ مايو ۴۵ -القضية رقم ۲۹ من ۲۱ قضائية .

⁽٣) نقض ٢٩ مايو ١٩٥٢ – القضية رقم ١٤٦ سنة ٢٠ قضائية .

⁽١٤) نقض ٢ مارس ١٩٥٠ – القضية رقم ١٢٨ سنة ١٧ قضائية .

وقضى بأنه اذا كانت الهكة قد أخلت فى حكمها يتقرير الحبير الذى انتدبته للأسباب التى اشعما فذلك مفاده أنها تمقد التقدير التي اشعما فذلك مفاده أنها تمجد فى تقرير الحبير الاستشارى ما يغير وجه الرأى الذى انتهت اليه فى الدعوى (١) ، أو أنها تنبذ ما تعارض من أسباب تقرير الحبير اللهمة الاستشارى مع أسباب الحبير الذى ندبته (٢) (٣).

٣٧ – ٤ – الرد على أدلة الخصوم الجوهرية التي لم تعتمد المحكة عليها في حكمها:

ليس يكنى أن يحرم قاضى الدعوى قواعد الاثبات الموضوعية وقواعدها الاجرائية ، وأن يعمل منطقا سليا فى استخلاص الوقائع التى يعتمد علمها فى حكمه ، بل عليه أيضا —حتى يصدر حكمه ناطقا بعدالته — أن يجيب على أوجه دفاع الحصوم الجوهرية ، ويجيب على ما تنطق به مستنداتهم وأوراقهم الهامة التى لم يعتمد علها ، والا اعتبر حكمه باطلا . وكثيرا ما تذكر فى الحكم أسباب وحجيج عامة تصلح فى الرد على جميع ما قدمه الحصوم من أدلة وقرائن .

وعند الطمن في الحكم . يتمين على محكة الطمن أن تستعرض أسباب الحكم وأسباب الطمن وما تقدم به الحصوم من أدلة وقران في الحصومة التي أنبت بصدور الحكم المطمون فيه وفي الحصومة القائمة أمامها⁽¹⁾، ويتعين علمها ألا تغفل أوجه الدفاع الجوهرية .

واذا أيدت المحكمة الاستثنافية حكم محكمة الدرجة الأولى ، جاز لها أن تضيف أسبابا جديدة الى أسبابه فيإ لا يتعارض معها ، وجاز لها أن مهد تلك الأسباب وتستحدث أسبابا جديدة ، وجاز لها أن تؤيده بأسبابه .

⁽١) نقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ – القضية رقم ٢٠٢ سنة ١٨ قضائية .

 ⁽۲) نفض ۱۵ أكتوبر ۱۹۵۳ – الفضية رتم ۲۸۵ سنة ۲۰ قضائية ، وتقض ۱۹ فبراير
 ۱۹۵۳ – الفضية رتم ۲۹ سنة ۲۱ قضائية .

⁽٣) أنظر دراسة تفصيلية في مدى تقيد القاضى بالحكم الصادر باتخاذ اجراه من اجرامات الاثبات أو بمدى تقيده بنتيجة التحقيق – كتاب الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع رقم ١٤٥ وما يليه .

⁽¹⁾ في الحدود الجائزة في التشريع .

واذا ألفت المحكمة الاستثنافية حكم محكمة الدرجة الأولى أو شقا منه ، وجب علمها الرد على أسباب الحكم الملغى ، كما يجب عليها أن تبنى حكمها فى الاستثناف على ما يويده من الأسباب .

وغنى عن البيان أن اغفال الفصل فى طلب يجيز لصاحب المصلحة الالتجاء الى المحكمة بالاجراءات المعتادة لنظر الطلب والفصل فيه ، بشرط أن يكون الاغفال كليا والطلب طلبا موضوعيا عملا بالمادة ١٣٦٨٪

أما اغفال الفصل فى دفع ما فانه يشف عن رفضه بصورة ضمنية ، ويشرط أن تشتمل أسباب الحكم على ما يبرر القضاء الضمني فى الدفع ، والا اعتبر الحكم في الموضوع مبنيا على اجراء , باطل ، أذاكان بالفعل مبنيا عليه .

وفيها يلى دراسة تفصيلية لما تعلق بالاجابة على أدلة الخصوم الجموهرية أمام محكة الدرجة الأولى أو في الطمن .

٣٣ ــ ضابط التفرقة بين الدفاع أو الدليل الجوهرى وغير الجوهرى :

ليس هناك بطبيعة الحال ضابط قانونى فى هذا الصدد ، وانما الضابط هو موضوعى بحت وعملى ، فكلما نهض الدفاع أو نطق الدليل أو المستند بأمر لا يتمشى مع ما صدر به الحكم أو مع ما بنى عليه ، ولم يشتمل على ما يصلح اجابة (صريحة أو ضمنية) على هذا أو ذاك ، كان الحكم قاصرا قصورا يستوجب بطلانه . أما اذا كان دفاع الحصم أو دليله لا يغير من وجه الدعوى ولو مع افتراض ثبوته فانه لا تثريب على المحكة ان هى أغفلته .

وكثيرا ما يكون اتجاه المحكمة في حكمها الى نحو معين اجابة ضمنية على كل ما يخالف حكمها من أقوال أو مما تشفه المستندات أو القرائن .

٣٤ - اغفال الرد على دفاع جوهرى اذا ثبت فانه يغير وجه الرأى فى الدعوى أو اغفال الرد على مستند هام لم يختلف الخصوم لا على دلالته النظاهرة ولا على حجيته أو رفض اثبات واقعة جوهرية فى الدعوى :

حكم . ترتيبا على ما تقدم ، بأن قاضى الدعوى لا بجوز له قانونا أن يطرح ما يقدم له تقديما صحيحا من الأدلة أو الأوراق المؤثرة في حقوق

⁽¹⁾ كتاب المراضات رقم ١٥٤

الخصوم دون أن يورد فى حكم ما يبرر هذا الاطراح بأسباب عاصة . فاذا هو سكت ، لغير علمة ظاهرة فى حكم ، عن بحث المستندات التى لم يخطف طرفا الحصومة لا على حجيتها ولا على دلالتها الظاهرة، فان حكمه يكون باطلا لقصور أسبابه . ولا مجليه أن يقال انه فعل ذلك عن طريق تأويل الدليل أو تفسير الورقة فان سلطته فى تفسير المستندات ، وفى العدول عن معناها الظاهر الى المعنى الذى يريد الأخذ به ليست سلطة مطلقة بل هى مقيدة بوجوب ابراد الأسباب التى يستند الها فى ذلك (١).

وحكم بأنه متى كان الحصم قد تمسك بأن تنازله عن حق الشفعة مقصور على البيع الذى قد يصدر للغير من جاره المتنازل له والواقع على الأرض المجاورة وبالتالى فانه لا يتعدى الى البيع الصادرة للغير من مشترى هذه الأرض ، ولم يرد الحكم على هذا الدفاع الجوهرى فأنه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضد؟).

وحكم بأنه في في الدعوى بطلب عزل حارس على سيارة لأنه خالف الحكم بتمييته اذ انفرد بقبض بعض مبالغ من ابراد السيارة واستباحها لتفسه ولم يوزعها على أصحاب الحق فيها في هذه الدعوى اذا قدم المدعون كشفا من الشركة المستفلة السيارة تفيد قبض الحارس المبالغ المتقدمة ، فان الحكم الصادر فيها يكون باطلا ان هو قرر أن الدعوى خلو من الدليل المثبت لها واطراح الدليل الذي اعتمد عليه المدعون دون أن يبن سبب هذا الاطراح مع لزوم هذا البيان الثري.

وحكم بأنه متى كان المدعى عليه بالتزوير قد طلب الى محكمة الموضوع اجراء مضاهاة بين خط الورقة المطمون فيها بالتزوير وبين خط خصم آخر في ايصالات قدمها وذلك الى جانب طلبه التحقيق لأثبات تسلمه الورقة

⁽¹⁾ نقض ١١ يونيه ١٩٣٦ – القضية رقم ٧ سنة ٦ قضائية .

⁽٧) نقض ٢٠ مارس ١٩٥٢ – القضية رقم ٨٧ سنة ٢٠ قضائية .

⁽٣) نقض ٧ يونيه ١٩٥١ - القضية رقم ٢٦ سنة ٢٠ قضائية .

المذكورة بحالها من هذا الخصم باعتبار أنه وكيل دائرة الطاعن بالتزوير ، وكانت المحكمة اذ قدرت ان أقوال الشهود لم تقطع فيها أجرى التحقيق بشأنه ، لم تستجب الى طلب المضاهاة ولم ترد عليه فى حكمها ، فان الحكم يكون قد أغفل عنصرا هاما من عناصر دفاع جوهرى مما يكون من شأنه لو ثبت أن الورقة محررة بخط ذلك الحصم أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى ويكون الحكم قد شابه قصور يبطله ويستوجب نقضه (١٠).

وقضت محكمة النقض بأنه لا وجه لمساءلة الناقل عن فقد بعض ما تولى نقله الا أن يقوم الدليل المقنع على أن الفقد حصل يقينا أثناء النقل ، فاذا كان قد طالب بالتحقق من ذلك وأغفل الحكم الرد على هذا الدفاع الجوهرى ولم يشر اليه فانه يكون قاصرا قصورا يعيبه (٢٠).

وقضت بأن لدعوى الشفعة شروط خاصة مخلاف الشروط العامة التي تنققد سما الحصومة في الدعوى ، فاذا كان أحد الحصوم في دعوى الشفعة قد تمسك بعدم توافر شروط توجهها اليه باعتبار أنه المشترى الثانى وأنه سجل عقده قبل تسجيل اجراءات دعوى الشفعة الموجهة الى المشترى الأول، ولم يتناول الحكم هذا الدفاع بأى رد، ولم يتم قضاءه مجواز نظر دعوى الشفعة على أسباب مؤدية اليه ، فان الحكم يكون معيبا بالقصور المبطل له . ثار .

وقفت بأنه متى كان الحصم قد دفع لدى محكمة الدرجة الثانية بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة . لأنه لا يملك المنزل الذى يطالب المدعى بتعويض عن هدمه . وكانت المحكمة قد أغفلت الرد على هذا الدفع مع ما له من أثر فى الفصل ، فان حكمها يكون قد شابه قصور ببطله (4).

⁽١) نقض ١٢ يناير ١٩٥٦ ، القضية رقم ١٨٨ سنة ٢٢ قضائية .

⁽٣) نقض ٢٢ مارس ١٩٥٦ ، القضية رقم ٢١٠ سنة ٢٧ قضائية .

⁽٣) نقض ٢١ يونيه ١٩٥٦ ، القضية رقم ١١٩ سنة ٢٣ قضائية .

⁽⁴⁾ نقض ۲۲ أكتوبر ۱۹۵۳، التفسية رقم ۱۷۳ سنة ۲۱ قضائية. يبدو أن الأوفق ، في القضية المتقدمة ، أن يعد الهمكم في الموضوع مبنيا على قضاء نسمى فير سبب برفض الدفع ، أي يعد مينيا على اجراءات ياطلة .

وقضت بأنه اذاكان الثابت أن الحصم قد تمسك بأنه دفع كامل ثمن المبيع بموجب ايصالات قدمها الى المحكمة ، فان حكمها يكون مشوبا بالقصور ان هو لم يحقق هذا الدفاع (١٠).

وقضت بأنه متى كان الحكم اذ قضى برفض دعوى بطلان البيع الصادر من الطاعن الى المطعون عليه الأول أقام قضاءه على انتفاء الصورية المطلقة بناء على ما ثبت للمحكمة من أن العقد المطعون فيه كيانا حقيقيا ، ولم يتعرض لما تمسك به الطاعن من أن الوصف الحقيق لهذا العقد هو أنه ليس بيما كظاهر نصوصه ، وانما هو رهن مستر للأطيان المبينة فيه تأمينا لما عساه أن يدفعه عنه المطعون عليه الأول مما يفيد أن الطاعن انما أسس دعواه على الصورية المسلمة، فان هذا الحكم يكون قد أخطأ في تكييف الدوى وشابه القصور (٣).

وقضت محكة النقض بأنه متى كان يبين من الأوراق أن الطاعن تمسك فى كافة مراحل التقاضى بأن المطلات المشار اليها فى طعنه لا يمكن أن تكسب حتى ارتفاق المطل والنور والهواء لانها مفتوحة على أرض فضاء ومروكة على سبيل التسامح وأن التسامح لا يكسب حقا . وكان هذا الدفاع من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، وكان الحكم خلوا من التحدث عنه . فانه يكون قد شابه قصور يبطله فى هذا الحصوص (7).

وقضت بأنه متى كان يبين من الأوراق المقدمة أن الطاعنة تمسكت في جميع مراحل دعوى اثبات التماقد المرفوعة منها انها كسبت ملكية العقار موضوع النزاع بوضع يدها عليه المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وبان تحرير عقد بيع من نفس البائمة الى المطعون عليهما عن هذا العقار وقيامهما بتسجيل عقدهما لا يؤثر على التملك بوضع اليد ، وكان يبن من الحكم المطعون فيه أنه خلو

⁽١) نقض ٢١ نوفبر ١٩٥٣ – القضية رقم ٢٧٤ سنة ٢١ قضائية .

 ⁽٣) نقض ١١ مارس ١٩٥٤ - القضية رقم ٧٩ سنة ٢٦ قضائية ، وأنظر أيضا نقض ٢٥ نوفير ١٩٥٤ - القضية رقم ٢٥٨ سنة ٢١ قضائية .

⁽٣) ننض ٣٠ أكور ١٩٥٢ - النفية رقم ٣٥٩ سنة ٢٠ قضائية .

من التحدث عن هذا الدفاع ، وهو دفاع جوهرى له أثره لو صح فى تغير وجه الرأى فى الدعوى ، فان هذا الحكم يكون قد عاره قصور يبطله ، مما يستوجب نقضه فى هذا الحصوص⁽¹⁾.

وقضت بأن الحكم يكون قاصرا اذا تمسك خصم بأن الاتفاق ــ محل الذراع ــ معلق الدواع الجوهرى الذراع ــ معلق الدفاع الجوهرى ولم بجب عليه(١٧).

وقضت بأنه فى الدعوى بنزع الملكية للمنفعة العامة اذا طلبت الحكومة أن براعى فى تقدر التعويض ما عاد من فائدة على باقى الأرض بسبب المشروع الذى نزعت من أجله الملكية ، فانه يكون لزاما على المحكمة أن ترد على هذا الدفاع الجوهرى ، والاكان حكمها مشوبا بالقصور واجبا نقضه (٣٠).

وقضت بأنه اذا طلب ممول احترام وتنفيذ اتفاق تم بينه وبين مصلحة الضرائب بشأن تعديل تقدير أرباحه ، كان من المتعين على المحكمة البحث فى وجود هذا الاتفاق أو عدم وجوده (3) .

وقضت بأن تزوير المحرركما يكون بتقليد الامضاء قد يكون أيضا بتغيير عبارته . واذن متى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن ارتكن على الأمرين معا فن واجب المحكمة الاجابة علمها معا والاكان حكمها باطلا^(١٥) .

⁽١) نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٧ – الفضية رقم ٢٨٧ سنة ٢٠ قضائية ، كذلك الحال اذا تمسك مدمى الملكية يتملكه المقار بوضع اليد وطالب باحالة الدعوى الى التحقيق فلم تجبه المحكة الى طابه اذ لا تناقض بين التسك بعقد تمليك ووضع اليد فى ذات الوقت – نقش ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ – القضية رقم ٢٨٠ سنة ٢١ قضائية .

⁽٣) فقض ١٦ ابريل ١٩٥٣ - القضية رقم ٣٣٤ سنة ٣٠ قضائية ، وأنظر أيضا فقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ - القضية رقم ٣٣٦ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٧ ابريل ١٩٥٧ - القضية رقم ١٤٠ سنة ٣٠ قضائية .

⁽٣) نقش ٢٩ نوفير ١٩٥١ ، القضية رقم ١٧٨ سنة ١٩ قضائية .

⁽¹⁾ نقض ٢ ديسمبر ١٩٥١ - القضية رقم ١١٥ سنة ١٩ قضائية .

⁽٥) نقض ٢٩ مارس ١٩٥١ – ألقضية وقم ١٩٥٠ سنة ١٩ قضائية .

وقفت بأنه اذاكان الطاعن قد تمسك فى دفاعه بأنه ان جاز اتخاذ قرينة ضده من ورقة هى من صنع خصمه فان الاسم الوارد فى هذه الورقة لا يتفق مع أسمه هو ، وكان الحكم الذى اعتمد على هذه الورقة لم يرد على هذا الدفاع مع أهميته فانه يكون قاصراً (١١).

وقضت بأنه اذا دفع أحد الحصوم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق القصل فها ، وتمسك فى تأييده بوجوه موثرة ، ولم ترد المحكمة علمها بما يوضع حقيقة الأمر فان حكمها يكون باطلا (٣)

وقضت بأن رفض اثبات واقعة جوهرية فى الدعوى يستوجب نقض الحكم (٣).

٣٥ -- التجاوز عن اغضال دفاع غير جوهرى أو عن عـدم الاجابة على مستند غير هام أو طلب الاحالة على التحقيق (1) من كان كل هذا لا يغير وجه الدعرى ولو مع ثبوت الدليل المستخلص منه :

القاعدة أنه لا تثريب على المحكمة ان هي أغفلت دفاعا غير جوهري أو لم تجب على مستند غير هام ، أو لم تجب طلب الحصم الاحالة على التحقيق مي كان كل هذا لا يوثر فيا تقضى فيه ولا يغير وجه الدعوى ولو مع افتراض ثبوت الدليل المستخلص مما تقدم .

و ترتيبا على ما تقدم قضت محكمة النقض بأن النمى على الحكم بالقصور لعدم رده على خطاب صادر من مدير مصلحة الاملاك الى وزير المالية يشمر فيه الى أن الأطيان موضوع النزاع قد يبعت الى أشخاص آخرين ويبدى رغيته

⁽١١ نقض ٧٧ ديسمبر ١٩٥١ - القضية رقم ١٣٨ سنة ١٩ تضائية . وانظر أيضا فقضي أول يونيه ١٩٥٠ - القضية رقم ١٥١ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ٣٥ سايو ١٩٥٠ - القضية رقم ١٢٧ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ١٠ سايو ١٩٥١ - القضية رقم ٣٣ سنة ١٩ قضائية .

⁽٢) نقض ٢٣ مارس ١٩٥٠ – القضية رقم ١٤١ مــة ١٨ قضائية .

⁽٣) نقض ٣ ينار ١٩٥٣ - الفضية رقم ١٤٣ منة ١٩ تضائية . سوف قدرس هذا الموضوع درامة تفصيلية عند معالجة مدى الزام الهكمة باجابة طلب الخصم أتخاذ اجراء البات ما .

⁽٤) نقض ۲۷ ديسبر ١٩٥٦ – ألقضية رقم ۲۷ سنة ۲۲ قضائية .

فى تعويض مدعى ملكيتها بأطيان أخرى مقابل ثمن منخفض هو نعى غير متتج منى كان لم يقدم ما يدل على أن الوزير صاحب الشأن وحده فى قبول هذه الرغبة قد وافق علمها (1).

وقضت بأنه مى كانت المحكمة بعد أن حصلت دفاع الطاعنين الشفعاء ومؤداه أتهم كانوا بجهلون مساحة العقار المبيع وعنوان البائعة فندت هذا الوجه من الدفاع بالأدلة السائغة التي أوردتها فان هذا مها لا يعتبر تكييفا للدعوى عالها التكييف الذي ارتضاه طرفاها بل هو قيام مها بواجب الرد على كل ما يطرح أمامها من وجوه الدفاع الجوهرية ، وهي اذ حصلت من عناصر الدعوى أن علم الطاعنين بالبيع كان شاملا لكافة البيانات التي أوجها القانون وعلى أساسها كانوا يستطيعون استعهال حق الشفعة في الميعاد القانوني وأنهم رغم هذا العلم لم يدوا فها الابعد فوات الأجل المحدد قانونا ورتبت على ذلك سقوط حقهم في الشفعة فاتها بذلك لا تكون قد خالفت القانون أو جاوزت نطاق الحصومة المطروحة علها (٣).

وفضت بأنه متى كان يبن من الحكم المطعون فيه أن المحكة استخلصت من التحقيق الذى أجرته عكمة أول درجة أن عقد البيع الصادر للمطعون عليهما الأولين هو عقد جدى فيكون ما ينعاه الطاعن على هذا الحكم من أن المحكمة لم تبحث دفعه بصورية عقد المطعون عليهما الأولين هو نعى فى غير عله (٣).

وقضت بأنه تحسب المحكة أن تبين فى حكها الحقيقة التى اقتنعت مها وأوردت دليلها ، وهى بعد غير ملزمة أن تتبع الحصوم فى مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وأن ترد استقلالا على كل قول أو حجة أثاروها فى دفاعهم⁽⁴⁾.

⁽١) نقض ٢٥ نوفير ١٩٥٤ – القضية رقم ٢٣٣ سنة ٢١ قضائية .

⁽٢) نقض ه أبريل ١٩٥١ – القضية رقم ٥٣ سنة ١٩ قضائية .

⁽٦) نقض ٢٩ يتار ١٩٥٣ - القضية رقم ٣٠٥ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٨ يتار ٥١ - رقم ٣٤ تا ١٠ القضية ١٨ يتار ٥١ - القيار ١٥ القضائية .

⁽⁴⁾ نفض ٣ يناير ١٩٥٢ – القضية رقم ١٢٥ سنة ١٩ و٣٧ سنة ٢٠ قضائية .

وقفیت بأنه اذا أنكر خصم التوقیع علی عمرر ولم یكن لهذا الانكار من أثر فی سیر الدعوی ــ أی لا یتغیر به وجه الحكم فی الدعوی ــ فانه یعتبر دفاعا غیر جوهری ، ولا تثریب علی المحكمة ان هی أغفلته (۱) . .

وقضت بأنه ما دامت المحكة قد عنيت في حكمها بتمحيص الوقائع الجوهرية التي تعرض لها الحصوم في صدد صحة السند على الدعوى أو ترويره، وناقشت الأدلة على ذلك من تقارير خبراء الى تقريرات الحصوم عن كنه السند وماهيته والغرض منه ، وانتهت من كل هذا الى نتيجة استخلصها من أسباب مؤدية الها، فلا يعيب حكمها سكوته عن أوراق مقدمة من المتمسك بالسند ليس من شأتها أن تؤثر في الحقيقة التي اقتنعت ها "".

٣٩ - لاتثريب على المحكمة ان أغفلت دفاعا عدل عنه الخصم صراحة أو ضمنا ، أو لم يدل الخصم به على وجه الإطلاق أمام محكمة الموضوع وتمسك به الأول مرة فى النقض :

فاذا كان الحكم المطعون فيه لم يأخذ بما نص عليه في عقد البيع المقول بصدوره من مورث الحصوم الى ولده الطاعن فى فترة مرض موته من دفع النمن قد استند الى ما تبينه من مجموع التحقيقات وظروف الدعوى وملابساتها. وكان الطاعن لم يقدم ما يثبت أنه تحدى لدى محكة الموضوع بأنه دفع مقابلا لما اشتراه فان ما ينعاه عليه الطاعن من بطلان لاستناده الى وقائع لا تتفق مع الأوراق المقدمة فى الدعوى ولا تؤدى الى ما انتهى اليه فيها يكون فى غير ال

وقضت محكمة النقض بأن النعى على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون استنادا الى أنه اذ قضى لاحدى المدعيات بابطال المقد في حن أنه سبق أن قضى بابطال المرافعة (¹² بالنسبة لها يكون قد قضى المصلحة شخص غر ممثل في الدعوى . وهذا النعى لا تقبل اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض⁽¹²).

⁽١) مجموعة أحكام محكة النقض - السنة الأولى - القاعدة رقم ١١٣ ص ١٤٠

⁽٣) نقض أول يونيه ١٩٥٠ – القضية رقم ١٧٥ سنة ١٨ قضائية .

⁽٣) نقض ٣ مايو ١٩٥١ - القضية رقم ٨٨ سنة ١٩ قضائية .

⁽⁴⁾ الحكم المتقدم – ابطال المرافعة – فى ظلى القانون القديم – هو سقوطها واعتبارها كأن لم تكن بمقتضى حكم يصدر بناء على طلب المدعى عليه لتخلف المدعى عن الحضور فى الجلسة المحددة لنظر القضية التى اقامها .

وقضت بانه متى كان الثابت من أوراق الدعوى أن ما دفع به الطاعنون من أن المورث وقت التماقد كان فى مرض الموت هو قول عامر ولم يقدموا ما يثبت أنهم طلبوا الى محكمة الموضوع احالة الدعوى على التحقيق لاثبات هذا الدفاع أو أنهم قدموا الها دليلا عليه، كما لم يقدموا ما يثبت أنهم أثاروه لدى محكمة الاستثناف، فانه لا يعيب الحكم المطعون فيه اغفاله الرد على هذا الدفاع الذي تخلى عنه الطاعنون (1).

وقضت بأنه اذاكان الطاعن قد تمسك فى صحيفة استثنافه فى خصوص مبلغ كان يطالبه به المطمون عليه الأول ، لاخلاله بالنز اماته بأنه فى حقيقته تمويض لايستحق الا بعد اعذاره وأنه لم يوجه اليه اعذارا ، وكان لم يتمسك بهذا الوجه من دفاعه فى مذكرته الأخيرة أمام محكمة الاستثناف ، وأنما قال أنه سدد هذا المبلغ الى المطمون عليه الأول، فان فى هذا ما يفيد تركه اتحسك بالوجه المشار اليه ويكون النمى على الحكم بالقصور لعدم تناوله هذا الدفاع على غير أساس (٣).

۳۷ — لا يارم الرد — استقلالا — على كل ماقاله الخصوم ، خاصة إذا لم يتعلق بذات موضوع الدعوى :

قضت محكمة النقض بأنه اذا انحصر النراع بن الورثة في دعوى تثبيت الملكية في أن كلا مهم يتمسك بوضع يده على أرض النزاع المدة الطويلة المكسبة للملكية . وكان الحكم اذ قضى برفض الدعوى قد أقام قضاء الأسباب سائفة على أن وضع يد أحد الورثة المتنزعين لم يقم عليه دليل مقنع فانه لا يفيد هذا الوارث التمسك أمام محكمة النقض بأقرار عن تقسيم جميع أطيان التركة بعد وفاة المورث الأصلى لم يتمسك هو به أمام محكمة الموضوع .

⁽١) نقض ٧ قبر اير ١٩٥٢ - القضية رقم ٩٠ سنة ٢٠ قضائية .

⁽٣) نقض ٢٧ يناير ١٩٥٣ - القضية رقم ٣٣٧ سنة ٢٠ قضائية - وانظر أيضا نقض ٢٧ يناير ١٩٥٦ - القضية رقم ٣٢٥ سنة ٢٢ قضائية - نشير آليه في الفقرة النالية . وانظر أيضا في تأييد المبدأ المذكور في الحكم نقض ٣٨ ديسمبر ١٩٥٠ -- النفسية رقم ١٤ سنة ١٩ قضائية .

كما لا يفيده مطالبة باقى الورثة بتقديم عقد بيع صورى ادعوا بوجوده للتدليل على بقاء أرض النزاع على ملكية المورث الأصلى ولا التسك بالاعلامات الشرعية الحاصة بالتوريث مما لا يخرج كله عن كونه جدلا موضوعيا فيا لا يرد على مقطع النزاع وهو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية (١).

وقفت بأن المحكمة ليست في حاجة الى الرد استقلالا على كل ما يثيره الحصم متى كانت أسباب الحكم مؤدية الى ما انهى اليه.ولها أصلها الثابت بالأوراق^(٢).

وقضت بأنه لما كان للخصم أن يدلى بجميع أرجه تأبيد طلبه أو أوجه دناعه أمام المحكمة سواء في صحيفة دعواه أم في مرافعته الشفوية أو التحريرية، وكان للمحكمة أن تقم قضاءها على واحد من هذه الأوجه متى كان يكفى لحمل الحكم مطرحة بأق الأوجه . فانه يكون في غير محله ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه من القصور في التسبيب والأخلال محقه في الدفاع لاقامة قضائه على الدعامة التي ذكرها المطعون عليه في مرافعته بالجلسة دون الدعامة الواردة في صحيفة الدعوى (٢).

وقفت أيضا بانه محسب المحكة أن تبن فى حكمها الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها . وهى بعد غير ملزمة أن تتتبع الخصوم فى مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وأن يرد استقلالا على كل قول أو حجة أثاروها فى دفاعهم (¹³⁾.

 ٣٨ – الغاء الحكم المطمون فيه أو تمديله يقتضى الرد على أسبابه الجوهرية:

متى ألغت عحكمة الطعن الحكم المطعون فيه وجب عليها الرد على أسباب الحكم الابتدائى ، فضلا عن تسبيب قضائها بما يستقم معه^(ه)

⁽١) نقض ٢٦ يناير ١٩٥٦ - القضية رقم ٢٢٥ سنة ٢٢ قضائية .

⁽٢) فقض ٢١ مايو ١٩٥٦ – القضية رقم ٢٩٢ سنة ٢٢ قضائية .

⁽٣) نقض ٧ مايو ١٩٥٣ – القضية رقم ٢٩٦ منة ٢٠ قضائية .

⁽١) فقض ٣ يناير ١٩٥٧ – القضية رقم ١٣٥ سنة ١٩ و٣٧ سنة ٢٠ قضائية .

⁽٥) نقض ٢٠ ديسبر ١٩٥١ – القضية رقم ٢٢ سنة ١٩ قضائية .

وقفست محكة النقض اعمالا لما تقدم بأنه اذاكان الحكم الابتدائي حين تعدث عن التحقيقات التي أجريت في الدعوى قد بين أنها لا توّدى الى اثبات دعوى المدعى ، ثم اعتبرها الحكم المطعون فيه موّدية الى ذلك دون أن بين ما ورد فها مويدا لهذه الدعوى ومفندا لما ذهب اليه الحكم الابتدائى بشأنها كان هذا الحكم قاصرا قصورا يعيبه(١).

وقضت بأنه اذا قررت محكمة الاستثناف أن النزاع بين الحصوم قد انحصر فى أمرين فقط وبنت حكمها على الفصل فيهما ، وكان الحكم المستأنف قد تناول عدة أمور أخرى جوهرية فى مصير الدعوى غير هلمن الأمرين ، فانه يكون على محكمة الاستثناف—اذا قضت بالفاء الحكم المستأنف أو تعديله—أن تبن أسباب مخالفتها له، والاكان حكمها قاصر الأسباب متمينا نقضه. (٧)

وقضت أيضاً بوجوب تفنيد محكة الاستثناف لأسباب الحكم الابتدائى الذى ألغته ــولو كانت فيا قضت به قد أخذت بالوقائع الى رتب عليها الحكم الابتدائى قضاءه ــ بل ان هذا أدعى فى الزامها بالرد على أسبابه (٣٠).

وقفيت بأنه اذا صدر حكم من المحكمة الابتدائية ققرر أن العقار تابع لملك خاص لا للاملاك العامة، وأحال الدعوى المالتحقيق لأثبات تملك العقار بوضع اليد . ثم ألفت محكمة الاستثناف هذا الحكم . واقتصرت أسبابها على ما تعلق بالحكم الصادر باجراء التحقيق فان حكمها يكون معيبا متعينا نقضه. ولا يغنى القول بأن حكم الاستثناف يوخذ منه أنه اعتبر ضمنا أرض النزاع من الاملاك الحاصة اذ المقام مقتضاه أن تتحدث المحكمة في صراحة عن تلك الأرض من جهة صفتها الى تناولها الاستثناف وتورد الأسباب المؤيدة لوجهة نظرها (4).

⁽١) نقض ٧٣ ديسبر ١٩٥١ - النفسية رتم ١٢٥٨ منة ١٩ قضائية ، ونقض ٩ نوفبر ١٩٥١ - القضية رتم ١٩٠٠ منة ١٨ قضائية ، ونقض ٥ ينار ١٩٥٦ رقم ١٩٠٣ منة ٢٠ ، وأنظر أيضا نقض ٧ يونيه ١٩٥١ - القضية رتم ٢٦ منة ٢٠ قضائية – تقدمت الاشرة اليه فقرة رقم ٣٣.

⁽٣) فقض ٢٧ ابريل ١٩٤٤ – القضية رقم ١ سنة ١٣ قضائية .

⁽٣) فقض ١٣ مايو ١٩٤٣ - القضية رقم ٧٨ سنة ١٢ قضائية .

 ⁽⁸⁾ نقض ٧ ديسمبر ١٩٣٩ - القضية رقم ٣١ سنة ٩ قضائية - مجموعة القواعد القانونية
 ٣ ص ١٢

٣٩ – لا ترب على محكمة الطعن ان هي أغفلت الرد على سبب غير جوهري من أسباب الحكم المطعون فيه أو من أسباب الطعن :

عسب محكمة الطعن أن تبين في حكمها أسباب ما قضت به وأسباب الفائها للحكم المطعون فيه أو أسباب تعديلها له ، وهي بعد غير ملزمة أن تتبع كل أسباب الطعن ومختلف حجج الطاعن والمطعون عليه وأن ترد استقلالا على كل قول أو حجة أثيرت عند نظر الحصومة في الطعن .

و ترتيد على ما تقدم قضت محكة التقض بأن محكة الاستثناف غير مازمة بالرد على كل أسباب الحكم المستأنف ما دام قضاؤها مبنيا على أساس سلم (١). وخاصة اذا كانت أسباب الطاعن هي في حقيقها تتعلق بدعوى اخرى قضت المحكة باعادتها الى محكة الدرجة الأولى السير فها (٢). أو كانت محكة الاستثناف قد اعتبرت في أسباب حكمها ردا ضميا مسقطا لبعض قرائن الحصوم الى أغفلت الرد علها (٣).

 وجه المحالة فى تقدير الوقائع أو فى التسبيب على وجه العموم على أسباب الحكم المطعون فيه ـــ شروط هذه الإحالة :

قدمنا أن الأصل أن يكون كل حكم مستوفيا فى ذاته جميع أسبابه ، ومع ذلك بجيز الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر أن تحيل المحكمة فى تسبيب حكمها على ما جاء فى أسباب حكم آخر سبق صدوره فى نفس القضية (10). ومن ثم بجوز لمحكمة المستثنافية أن تحيل فى تسبيب حكمها على أسباب الحكم المطعون فيه .

 ⁽۱) نقش ۹ فبرایر ۱۹۵۹ - القضیة رقم ۷۶۷ سنة ۲۲ قضائیة - مجموعة أحكام النقض
 ۷ - ۱ - ۵ - ۵ - ۲

 ⁽٣) نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٥٣ - القضية رقم ٢٠٠ سة ٢٠ قضائية - مجموعة أحكام التقض
 ١ - ٥ و وافظر إنضا في تأييد المبدأ المذكور في المئن نقض ١٩ مارس ١٩٥٣ - القضية رقم ٢٩٧٧ - أخوصة ٤ - ٣ - ١٩٥٧ ، ونقض ١٠ نوفير ١٩٣٧ بجموعة القواعد ١٩٣٧

⁽۳) نقض ۲۱ آکتوبر ۱۹۵۰ – الفضیة وقم ۷۸ سنة ۱۸ قضائیة – الحبموعة ۲ – ۱ – ۹ ، ونقض ۱۵ دیسمبر ۱۹۵۰ – وقم ۲۳ سنة ۱۹ – الحبموعة ۲ – ۱ – ۱۲۸ ، ونقض ۲ مارس ۱۹۵۰ – وقم ۱۱۲ سنة ۱۸ ، ونقض ۹ مارس ۱۹۵۰ – وقم ۱۲۲ سنة ۱۸ ، ونقض ۱۲ مارس ۱۹۵۰ وقم ۵۱ سنة ۱۹ قضائیة .

⁽١٤) الفقرة رقم ١٥

ويشرُّر ط ما يأتَى لاعمال الاحالة ولصحة الحكم الصادر معتمدًا عليها :

١ ــ أن تقرر المحكمة هذه الاحالة بشيرط التعريف على الحكم المحال عليه بذكر تاريخه وموضوعه ، ويعد تأييدها للحكم المطعون فيه أخذا بأسبابه نظرا للتلازم بين النتيجة ومقدماتها ، بشرط أن تقرر هذا التأييد بلفظه .

٢ ــ أن تكون الأسباب المحال عليها سائغة غير مشوبة بأى قصور .

 " أن يكون الحكم المجال عليه قد صدر فى نفس الدعوى وبن الخصوم أنفسهم (١١). وأن يكون قد أودع ملف الدعوى وأصبح بذلك ورقة من أوراقها .

ويتجه الرأى فى فرنسا الى جواز الاحالة على أسباب حكم صدر بين نفس خصوم الدعوى فى قضية أخرى متصلة بذات الموضوع (٣).

وتجوز الاحالة على ما جاء فى حكم المحكمة بالشروط المتقدمة والتالية (¹⁷⁾، أو على ما جاء محكم تمهيدى اشتمل على قضاء قطعى(¹¹⁾.

أن يكون الحكم المحال عليه قائما لم يقض بالغاثه ، صحيحا لم يتمسك خصم ببطلانه ، ومن باب أولى لم تبطله محكمة الطعن .

واذا عن للمحكمة الاعمّاد على أسباب الحكم المطعون فيه – والذى حصل التمسك ببطلانه أمامها – وجب عليها أن تقضى بصحته صراحة أو ضمنا ، مع بيان أسباب ذلك .

۱۱ قلا تجوز الاحالة على حكم صدر في دعوى أخرى، ولو كانت وقائمها والفاعدة القانونية الواجبة التطبيق متشامة مع تلك - تقفى ٢٤ مايو ١٩٩١ دالوز ١٤ – ١ – ٢٥١ و ٢١ يوفيه ٢٣ – جلاسون ٣ رقم ٢٤٥.

 ⁽۳) نقض ۲۵ یولید ۱۸۹۲ سیری ۲۰۰ – ۵۱ ۱ و نقض ۱۳ آبریل ۱۸۹۲ سیری ۹۰ – ۲۰ – ۳۳ - سوانظر نقض ۷ نوفیر ۱۹۲۸ دالوز ۱۹۲۹ – ۳

⁽۲) جلاسون ۳ رقم ۲۷۱ و الأحكام العديدة المشار اليها روراتور داللوز للموافعات والأحكام العديدة المشار اليه فى رقم ۳۳۷

⁽٤) نقض فرتسي ١٦ قبر أبر ١٩٥٤ مجموعة النقض الفرنسي ١٩٥٤ - ٣ - ٣٩

 ه -- ألا يدلى الحصوم أمام عحكة الطعن بسبب أو دليل أو مستند أو دفع أو دفاع جوهرى جديد تقتضى سلامة التسبيب الرد عليه ، ولا تكون أسباب الحكم المطعون فيه كافية لبناء الحكم -- الصادر فى الطعن -- علمها .
 وفى هذه الحالة تجوز الاحالة بشرط الرد على الأدلة الجديدة الجوهرية .

واذا عيب خصم الحكم المطعون فيه من ناحية سرده للوقائع أو تغييرها أو استخلاصه وتقديره لها أو من ناحية تطبيق القانون ، أو غير سبب دعواه في الأحوال الجائزة في التشريع وجب على المحكمة أن تجيب على كل ما تقدم(١١).

 ٦ - اذا أيدت محكمة الطعن الحكم فى شق منه دون الشق الآخو فلا تجوز الاحالة الا بالنسبة الى الشق الذى أيدته المحكمة ، ويلزم بناء الشق الآخو من حكم محكمة الطعن على الأسباب التى توئيده .

واذا أيدت محكة الطعن الحكم المطعون فيه ، وأقامت قضاءها على ما أوردته هي من أسباب جديدة كما أخذت بأسباب الحكم الابتدائي فيها لا يتعارض مع أسبابه ، فان حكمها يكون صحيحا بغير حاجة الى تفصيل ما يتعارض وما لا يتعارض مع أسبابه . لأن هذا مفهوم بطريق الزوم العقل لكل مطلع على الحكمين، ولأنه يتبن من مراجعه أسباب الحكمين ما اختلفت فيه وجهات النظر بيهما ، وتعتبر أسباب الحكم المطعون فيه في هذه الحالة مكملة لأسباب الحكم المطعون فيه في هذه الحالة مكملة لأسباب الحكم الصادر في الطعن فيها لا تعارض فيه بيهما .

والاحالة فى التسبيب على حكم آخر لا يعنى المحكة من ضرورة ذكر كافة البيانات الأخرى التي يتطلبها المشرع لصحة الأحكام ، كما لا يعنى المحكوم له عند اعلانه الحكم الى خصمه من سرد أسبابه محيث يشتمل الاعلان علمها فضلا عن اشباله على منطوقه (٣) ، وذلك عملا بالقواعد العامة فى اعلان الاحكام .

⁽١) نقض ٢٠ مايو ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٢٢٩

 ⁽٣) يمكة السين الابتدائية ٣٠ نوفير ١٩٥٤ جازيت باليه ٥٥ - ١ - ٠٠ ، مجلة القانون
 المدني ١٩٥٥ - ١٥٦ - ١٩٥٠

وفيها يلي أمثلة من أحكام النقض بصدد بشروط اعمال الاحالة المتقدمة :

١٤ – لا تُربِ على محكمة الدرجة الثانية ان هى أخذت بأسباب حكم محكمة أول درجة دون اضافة متى رأت أن فى هذه الاسباب ما يغنى عن إراد أسباب جديدة (١٠):

فالحكم الاستتناقي يعتبر مسببا تسبيباكافيا اذا أخذ باسباب الحكم المستأنف الذي أيدته محكمة الاستثناف ، وكانت هذه الأسباب كافية لحمله ولم يكن الحصوم قد استندوا أمامها الى أوجه دفاع جديدة تخرج في جوهرها عما قدموه الى محكمة اللموجة الأولى (٣). بل اذاكان الحكم الابتدائي قد بني على سببن ، ثم جاءت المحكمة الاستثنافية فأيدته فيا قضى به مع استبعادها أحد السببن ، وكان السبب الباقي يستغم به الحكم ، فان هذا يكفى لصحته (٣).

٢٤ — اذا أبديت فى الاستثناف أوجه دفاع جديدة جوهرية أو دفوع شكلية وجب الرد عليها اذا كانت أسباب الحكم الابتدائى لا تغنى عن هذا الرد ، ومن باب أولى اذا كانت أسباب الحكم الابتدائى مميية :

اذا كان الحكم الابتدائى قد أغفل دفاعا جوهريا . وجاء الحكم الصادر من محكمة الاستثناف مؤيدا له بأسبابه . فان هذا وذاك يكون باطلا (1). واذا تمسك خصم فى الاستثناف لأول مرة بعدم اختصاص المحكمة (وهذا جائز اذا كان من النظام العام) ، فن الواجب الرد على هذا الدفع (٥).

 ⁽۱) نقش ۲۸ یونیه ۱۹۵۱ – انقضیة رقم ۲۸۷ و ۳۸۲ سنه ۲۲ قضائیة – مجموعة أحکام التقض ۷ – ۲ – ۷۲۷ ، وفقش ۱۸ ینایر ۱۹۵۱ انقضیة رقم ۱۹۳۱ سنة ۱۹ – المجموعة ۲ – ۲ – ۲۱۵ ، وفقض ۳۰ ابریل ۱۹۵۳ – رقم ۷۷ سنة ۲۱ – المجموعة ۲۰ – ۹۵ ۹۳

⁽۳) نقش ۲۹ دیسمبر ۱۹۶۹ – القضیة رقم ۷۳ سنة ۱۸ قضائیة ، وفقض ۲۳ دیسمبر ۱۹۶۹ – انحدومة ۱ – ۱۲۱

⁽٣) نقض ١٠ فبراير ١٩٤٤ - مجموعة القواعد الفاقونية ٤ ص ٢٥٧.

⁽⁴⁾ نقض ۲۹ مارس ۱۹۶۱ القضية رقم ۱۹۰ سنة ۱۹ قضائية ، و ۳۰ نوفير ۱۹۶۶ دالوز ۱۹۶۵ – ۱۹۶۷

⁽٥) جلاسون ۴ رقم ۵ ۷

٣٤ ــ لا تجوز الاحالة اذا ألغي الحكم المحال عليه :

قضت محكمة النقض بأنه وان كان مجوز تسبيب الحكم بتبنى أسباب حكم آخر سبق صدوره بين الحصوم وقدم فى ملف الدعوى وذلك بالاحالة عليه ، الا أن شرط ذلك أن لا يكون هذا الحكم قد ألفى ، ذلك أن الأماء الحكم بأى طريق من طرق الطعن مجرده من كل أثر قانونى ويصبح شأنه شأن الأوراق العادية الى تقدم فى الدعوى . فكما لا مجوز تسبيب الحكم بالاحالة على ما تضمنته ورقة من الأوراق الى يقدمها الحصوم . كذلك لا مجوز تسبيب الحكم بالاحالة على بالاحالة الى حكم صدر بين الحصوم وقضى بعد ذلك بنقضه (1).

وقفت أيضا بأنه يشترط للاحالة أن يكون الحكم المحال عليه قائما ، فاذا كانت محكمة الاستثناف قد أحالت على أسباب حكم صادر من محكمة اللدجة الأولى ، وكانت ذات محكمة الاستثناف قد ألغته من قبل ، فانها تكون قد أحالت على معدوم مما يبطل حكمها (٣٠) .

٤ جواز الاحالة على أسباب الحكم المحال عليه فيها لا يتعارض مع الأسباب التي أوردتها محكمة الاستثناف عدم صلاحية أسباب الحكم الابتدائى لبناء الحكم في الاستثناف عليها اذا كانت محكمة الاستثناف لم تأخذ بها – تأييد محكمة المعارضة لحكمها الفيانى:

متى كان الحكم الاستثناق اذ قضى بتأييد الحكم الابتدائى ، قد أقام قضاءه على ما أورده من أسباب كما أخذ بأسباب الحكم الابتدائى فيها لا يتعارض مع أسبابه . فإن الطعن عليه بالقصور استنادا الى أنه لم يبين ما أقره وما لم يقره من أسباب الحكم الابتدائى ، يكون على غير أساس متى كان يبين من مراجعة أسباب الحكمين ما اختلفت فيه وجهات النظر بيهما . وتعتبر أسباب الحكم الابتدائى في هذه الحالة مكلة لأسباب الحكم الاستثنافي فيه لا تعارض فيه ٣٠.

⁽۱) لقض ۲۶ مارس ۱۹۰۵ - القضية رقم ۲۹۵ سنة ۲۱ قضائية - المجبوعة ۲ - ۲ - ۸۰۰

 ⁽٣) نقش ٢١ مارس ١٩٥٣ – رقم ١٨٥٩ سنة ٢١ – المجموعة ٥ – ١ – ٣٦٥
 (٣) بدر مديرة مارس ١٩٥٥ المرتم ١٩٥٨ منة ٢١ – ١٩٥٥

 ⁽٣) تقض ٢٩ مارس ١٩٥١ – رقم ١٢٧ سنة ١٩ - المجبوعة ٣ – ٢ - ١٩٥٦ ، وتقض ١٤ يونيه ١٩٥١ – رقم ١٦ سنة ١٩ تضائية ٣٠ – ٣ - ١٠٢٠ ، وتقض ٢١ مارس ١٩٥٦ – رقم ١٢٠ سنة ٢٠ – الجموعة ٤ – ٢ - ١٩٥٤ ، وتقض ٣٥ أبريل ١٩٥١ – القضية رقم ٩٧٥ سنة ١٩ – المجبوعة ٣ – ١ – ١٤ .

وقفست محكمة النقض بأن اكتفاء محكمة الاستثناف في تسبيب حكمها بأسباب مجملة مقتضبة لا تعين على فهمه وتعجز محكمة النقض عن رقابتها في تطبيق القانون يعيب حكمها ولو كان الحكم المستأنف الذي أيدته وافي الأسباب ما دامت هي لم تأخذ في تأليده بتلك الأسباب (1).

وكثيرا ما يستشف أخذ المحكمة بأسباب الحكم المطعون فيه من عبارات تأتى في حكمها بصورة ضمنية ، كما اذا قالت ان المستأنف لم يقدم سببا صحيحا يدعو لالفاء الحكم المستأنف،أو أن المحكمة الابتدائية قد أصابت عند رفضها الدعوى(٢)، انما اذا لم تشر المحكمة صراحة أوضمنا للاحالة، واقتصرت على تدوين منطوق الحكم المطعون فه في حكمها اعتبر هذا الاعير خاليا من الأسباب).

واذا أيدت محكة المعارضة حكمها الغيابي فانها تكون قد قصدت تأييده بأسبابه الصادرة منها هي ، والتي تقدم استنادها اليه (13) وهذا لا يعفيها بطبيعة الحال من الرد على الدفوع الشكلية والموضوعية وأوجه الدفاع الجوهرية والمستندات الجوهرية التي تقدم بها الحصوم في المعارضة (10)

٤٥ — يجب لكى تصع الاحالة على أسباب حكم آخر صدر في دعوى أخرى أن يكون هذا الحكم قد سبق صدوره بين نفس الخصوم وأن يكون قد أودع الدعوى وأصبع بذلك ورقة من أوراقها ، يناصل الخصوم في دلالته :

⁽۱) نفض ۲۰ يتار ۱۹۳۶ مجموعة القواعد التانونية ۱ ص ۲۰۰۷ ، ونفض فرنسى ۱۹۲ كتوبر ۱۹۲۱ دالفوز ۱۹۲۳ – ۱ – ۱۳۲۱ ، ونقض ۲ أبريل ۱۸۹۷ دالفوز ۹۷ – ۱ – ۳۲۵

⁽٢) تعليقات داللوز عل المادة ١٤١ رقم ٢٠٨١ – ٢١٠٦

 ⁽٣) المرجع المتقدم رقم ٢٠١٧، و نقض ١٨ مايو ١٩٥٣ بجبوعة أحكام النقض الفرنسي
 ٣٠ - ٢ - ٢٠٠ ، و نقض قونسي ٢٩ ابريل ١٩٥٤ – مجموعة أحكام النقض الفرنسي
 ١٩٥٤ - ١١١٠

⁽⁴⁾ المرجع المتقدم رقم ۲۱۲۶ – ۲۱۲۹، ومع ذلك قارن رقم ۲۱۳۰ و ۲۱۳۰ و جلاسون ٣ رقم ۶۷ و الأحكام و المراجع العديمة المشار اليها فى الحاشية رقم ۲

^(*) نقش ۱۸ دیسمبر ۱۸۸۸ سیری ۹۰ - ۱ - ۹۲۵

واذن قمى كان الحكم قد أحال فى الرد على دفاع الطاعن على أسباب حكم آخر لم يكن مقدما فى الدعوى ، وكان قد صدر فى دعوى أخرى لم يكن الطاعن خصا فها ، فان الحكم المطمون فيه يكون باطلا لقصوره فى التسبيب مما يستوجب نقضه ١٠٠.

٣٤ – إذا أيدت محكة الاستئناف الحكم المطمون فيه بشقيه وجبت الاحالة على أسبابه بالنسبة إلى الشقين معا – وإذا فصلت في طلب موضوعي جديد ، مما يجيز النشرع ابداء الأول مرة في الاستئناف ، وجب عليها تسييب الحكم الصادر فيه ٢٠٠٠؛

وقضت عكمة النقض بأنه اذا كان الحكم قد قضى فى منطوقه بتأييد الحكين المستأنفين الصادر أحدهما برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة ، وثانهما فى موضوع الدعوى ، ومع ذلك اقتصر فى أسبابه على التحدث عن استثناف الحكم الصادر فى الموضوع دون الحكم الصادر فى الدفع فهذا منه قصور يطله (٣).

 (ثالثا) تكييف الوقائع الصحيحة وارساء القاعدة القانونية مع آثارها عليها — التعريف به — هل يعد جهدا قانونيا أم منطقيا — هل يخضع لرقابة محكة النقض :

التكييف La qualification هو إعمال القاعدة القانونية وارساؤها على ما ثبت من وقائع الدعوى ، أو هو وصف هذه الوقائع وابرازها كمناصر أو شروط أو قيود للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق علها.

⁽۱) نقض ۲۸ مايو ۱۹۵۳ – رقم ۲۹۱ سنة ۲۰ – الجموعة ٤ – ۳ – ۱۰۸۰

⁽۲) راتور دافوز قدراضات سنة ۱۹۵۳ - تحت عبارة Jagement رقم ۳۱۲ وما يليها وأحكام النقض العديدة المشار اليها - واتفار نقض فرنس ۳ فبراير ۱۹۵۳ - مجموعة أحكام النقض الفرنس ۲۹۵۳ . ۳ - ۳۹

ويمتبر نغيير سبب الطلب من قبيل الطلبات الجديدة اللي يجوز ابداؤها لأمول مرة في الاستثناف عمله بالمادة ٣/٤١١ ، ومن ثم تلزم الدرجة الثنائية بتسبيب القضاء الصادر منها عند تغيير سبب الدعوى أو الإضافة آل.

 ⁽٣) نقض ١٣ مارس ١٩٥٠ - الحيموعة ١ ~ ٤٣٣

والتكييف يقتضى جهدا قانونيا كما يقتضى جهدا منطقيا فى ذات الوقت، لأنه يتطلب فهم القانون والشروط اللازمة لاعمال نصوصه المختلفة، كما يتطلب البحث فى طيات وقائع الدعوى الثابتة للتحقق من توافر الشروط أو القيود أو العناصر التى يتطلبها القانون ، مع بذل جهد منطقى فى تفهم معانى ألفاظ القانون ، حتى يرد فهم الواقع فى الدعوى الى فهم حكم القانون فى هذا الواقع.

وثمة نظريات اتجه اليها الشراح، في فرنسا ، بقصد تحديد كنه التكييف ، وما اذاكان يعد متصلا بواقع الدعوى الذي لا غضع لرقابة عكمة النقض أم يعد علا قانونيا خاضعا لاشرافها . فمن قائل أن التكييف يعد علا قانونيا اذا قصد به رد واقع الدعوى الى تعريف قانوني صريح ، وبعد اجهادا لا مخضع لرقابة محكمة النقض اذا رد الواقع الى قاعدة قانونية مجردة من تعريف صريح ١١٠ وصادفت هذه النظرية نقدا شديدا لأبها لا تقوم على أساس سليم ، فالقاعدة تعرض في ثوب تعريف قانوني صريح ، وقد تعرض في ثوب أمر أو بهي أو ايضاح ، ولا يمكن بأى حال وضع قانون في صورة تعاريف ، أى لا يمكن ابراز معاني القانون ومقاصده في هذه في أول عهد عكمة النقض الفرنسية التي كانت لا تنظر الطمن بالنقض الا اذا في أول عهد عكمة النقض الفرنسية التي كانت لا تنظر الطمن بالنقض الا اذا كان مبانه محالفة صريحة وفقا لما نص عليه المسرع ، وإنما امتدت رقابها بعدئذ الى الحفا في تطبيق القانون وتأويله .

واتجهت نظريات أخرى توسع من نطاق رقابة محكمة النقض وتعتبر التكييف علا قانونيا اذا رد الواقع الى تعريف نص عليه القانون صراحة أو الى قاعدة النقض اذا مكن تعريفها . وتعتبره عملا منطقيا لا نخضع لرقابة محكمة النقض اذا لم يتمكن القاضى من تعريف القاعدة القانونية تعريفا نظريا وانما طبقها بوحى من شعوره الحاص أو مقتضى قواعد المنطق (٣).

 ⁽۱) تطبق Barris فی رپر توار دالموز ۷ س ۳۰۹ رقم ۱۳۲۶ ، ومقال الأستاذ مرقصی فهمی الهامی المحاماة ۱۱ س ۲۱۷ ، وحامد فهمی و محمد حامد فهمی رقم ۵ ه

⁽⁷⁾ حامد نهمی و عمد حامد نهمی زقم ۳ ه و مایلیه . (Cournet و مایلیه . (P حمل فی ادام و او که ادام و ادام و

والصحيح أن التكييف هو عمل مختلط يتطلب جهدا قانونيا وجهدا منطقيا أوشعوريا – على حد قول الشراح – ذلك لأن القاضي يلزم – في صده وصف وقائع الدعوى الثابتة وابرازها بصورة منطقية أو بوحي من شعوره (خاصة بالنسبة الى المواد الجنائية) كعناصر أو قيود أو شروط للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق ، بصرف النظر عما اذا كان القانون قد حدد تعريفا صرعا لحذه القاعدة أم لم محدد لها تعريفا ، وسواء أحصل التكييف بألفاظ القانون أم بالفاظ أخرى تردى الى ذات معانيه . ويتعن على محكمة النقض أن تبسط رقائها على هذا العمل القانوني(۱).

٨٤ - القواعد الأساسية في التكييف:

عند تكييف الدعوى يلتزم قاضها عراعاة مبادئ عامة هي الآتية :

 إولا): يجب تكييف الدعوى وفق الوصف المقرر لها
 ف القانون ولا يعتد بتكييف الخصوم لها اذا كان خاطئا لا يتمشى مع القانون(٣):

القاعدة أن قاضى الدعوى لا يتقيد برأى خصومها فى التكييف منى كان خاطئا عن جهل أو عن عمد . لأنه هو وحده الملزم باعمال القانون وتطبيقه تطبيقا صحيحا فى حدود الوقائع الثابتة . وفى حدود مطلوب الحصوم وسبب الدعوى .

وكثيرا ما يعمد الخضوم الى اخفاء أغراض غير مشروعة ـــكربا فاحش يستر فى صورة ابجار أو بيع . وكتبرع الى ما بعد الموت فى صورة بيع .

واذن قاضى الدعوى بكيف عقود الخصوم ويصفها الوصف الصحيح طبقا لأحكام القانون ولو خالف فى ذلك تكييف الحصوم ، وحسبه أن يتبين نية المتعاقدين من واقع نصوص العقود والأوراق والمستندات المقدمة اليه ،

⁽¹⁾ حامد فهمی و محمد حامد فهمی رقم ۷۰ و ما یلیه و رقم ۲۰

⁽٣) ومن باب أولى لا تنقيد الهكة بالاعتبارات والأداة والحبج التي يذكرها خصم الدعوى ق تأييدها أو فى رفضها (استناف عناط ١٢ مارس ١٩٣٦ علمة التشريع والفضاء ٤٨ ص ١٩٠٠). و أن كانت تنقيد بطبيعة الحال بالسبب القانونى الذى تبنى عليه الدعوى لأنه من عناصر الطلب الذى ينقدم به الحصم ، والقاعدة أن المحكة لا تحكم الا فى حدود الطاب الذى يدلى به الحصم أمامها .

وتحضع تكييفه لرقابة محكمة التقض . فله أن يصف العقد بأنه وكالة أو حوالة(١)، وبأنه هبة أو وصية مسترة(١)، وبأنه رهن حيازة أو بيم وفاء.

٥٥ – (ثانيا) يجب تكييف الدعوى فى حدود طلبات الحصوم ودفوعهم، فلا تطبق ألا القاعدة القانونية اللازمة للحكم فيها – والعبرة بحقيقة المقصود من طلباتهم لا بالآلفاظ التى صيفت بها هذه الطلبات:

اذا كان قاضى الدعوى لا مخضع فى تكييفها لمشيئة المتقاضين وانما يأخذ التكييف عن القانون أخذا صحيحا ، فانه مع ذلك يلزم حدود الوقائع الثابتة وحدود مطلوب الحصوم ، ولا يطبق الا القاعدة القانونية اللازم اعمالما للفصل فى طلباتهم و دفوعهم ، لانه لا يلزم الا بالفصل فى هذه الطلبات والدفوع وفى حدودها ، ممنى أنه لا علك القصل فى غير ما طلبه الحصوم أو بأكثر منه ، كما لا يجوز له اغفال الفصل فى طلب موضوعى أو فى دفع من أى نوع كان (٢).

ومن ثم اذا رفعت الدعوى بقصد الزام الحصم بتقديم حساب فلا مجوز المحكمة أن تتمرض لتكييف العلاقة القانونية القائمة بين الحصوم الا اذا نازع الحصم في النزامه بتقديم هذا الحساب. واذا رفعت دعوى من دعاوى الحيازة فلا تملك المحكمة تكييف وقائم الدعوى وعقود الحصوم لتقرر ملكية أحدهم للمقار موضوع الحيازة. واذا نظرت المحكمة قضية ما فلا تملك بعد الفصل فها تكييفها باعتبارها دعوى كيدية لتحكم من تلقاء نفسها بالتعويض للمدعى عليه فها.

 ⁽۱) نقض فرنس ۲۳ فبرایر ۱۸۲۹ (دالوز ۱۸۲۹ - ۱ - ۱۹۹) واشتناف مختلط ۷ دیسمبر ۱۹۳۳ انجلته وی می ۵۰

 ⁽۳) نقض فرنسی ۹ مایو ۱۸۹۱ (داأوز ۱۸۹۱ – ۱ – ۱۷۷)

⁽٣) راجع ما قدمناه في الفقرة رقم ٣١ – وأنظر المادة ٣٦٨

والقاعدة الأساسية في التشريع أن العبرة في تكييف الدعوى محقيقة المقصود من الطلبات أم المقصود من الطلبات أم المقصود من الطلبات أن لذلك بجوز أن تعتبر الدعوى من دعاوى استرداد الحيازة ولو كان المطلوب لفظا هو منع التعرض ، والعكس صحيح ، وانما لا بجوز الممحكمة أن تعتبر الدعوى التي رفعت بطلب الملكية من دعاوى الحيازة (١١).

وقد قضت محكة النقض بأنه لا تثريب على المحكة أثناء نظر دعوى منع التحرض أن تعتبرها دعوى استرداد حيازة وتحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها ، ذلك أنه لا تنافر ولا تعارض بين الدعويين لأن أساسها واحد هو الحيازة المادية بشروطها القانونية والغرض منهما واحد هو حاية تلك الحيازة من الاعتداء علمها (٢٠).

وقضى بأن المحكمة المدنية مقيدة بظلبات المدعى وهى لا تملك تغيير سبب الدعوى ولكن لها أن تكيف المنازعة على حسب الغرض المقصود مها ، وأن تضفى علمها الوصف المقرر لها فى القانون (٣٠) .

والقاعدة بالنسبة لاختصاص القاضى المستعجل ، أنه لا يحول دون هذا الاختصاص أن يكون المستشكل قد أبدى طلبات متعلقة باصل الحق . فللقاضى المستعجل عا له من سلطة تحو بر طلبات الحصوم أن يأمر بالاجراء الوقمى الذى يتفق وطبيعة الاشكال(٤٠).

٥٩ -- (ثالثا): تعتبر القواعد القانونية الصرفة قائمة فى الدعوى - ومن عناصرها -- فنطبقها المحكمة من تلقاء نفسها وبغير حاجة الى التمسك
 مها من جانب صاحب المصلحة:

⁽۱) نقض 7 يناير ١٩٥٥ الهاماة ٣٦ ص ٣٣٨

⁽٣) نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ - الحاماة ٣٦ ص ٥٣

⁽٣) القاهرة الابتدائية ٢٣ أكتوبر ١٩٥٤ - المحاماة ٢٦ ص ٩٠٧

 ⁽³⁾ نقض ۲۵ دیسمبر ۱۹۵۲ المحاماة ۳۶ ص ۱۳۷۹ - أنظر کتاب اجراءات التنفیذ
 رقم ۱۹۳ و ما یایه .

متى أدلى الحصوم بطلباتهم ودفوعهم وأسانيد هذه وتلك (١١) ، ومتى تقدم كل خصم بما لديه من أدلة وأوجه دفاع ، ومتى استخلصت المحكمة الصحيح من وقائم الدعوى ، وجب علمها أن تأخذ عن القانون القاعدة الواجبة التطبيق أخذا صحيحا ، ولو لم يشر الطالب الى نص القانون الواجب التطبيق – وهو لا يلزم مهذا (١٢) لأن وظيفة المحكمة أن تعمل حكم القانون ، ولأن هذا يستشف ضمناً من سائر طلبات الحصوم ودفوعهم .

ومن ثم اذا طالب الموكل وكيله بفوائد المبالغ التي قبضها باسمه والتي استخدامها و وقفت له المحكمة بالفوائد من يوم المطالبة القضائية مهدرة نص المادة ٢٠/٧٠ من القانون المدنى فالها تكون قد خالفت القانون . وإذا طالب الوكيل موكله بفوائد ما دفعه عنه بسبب وكالته من يوم دفعه ، وقضت له الحكمة بالفوائد من يوم المطالبة القضائية مهدرة نص المادة ٢٠/٧ من القانون المدنى فالها تكون أيضا قد خالفت القانون . و على الحصاحب المصلحة في الأحوال المتقدمة الطمن في الحكم بالنقض ولو لم يستند أمام محكمة الموضوع الى نص من نصوص المواد المتقدمة من القانون المدنى ، ودون أن يعد هذا منه سببا جديدا للطمن بالنقض لأن الأسباب القانونية المرفة المرفة من تلقاء نفسها (٢٠).

ولذات الاعتبارات المتقدمة بجوز التمسك ببطلان الحكم أمام عكمة النقض ـــف الأحوال الجائزة قانونا– ولو لم يتعرض الخصوم لهذا البطلان قبل قفل باب المرافعة فى الدعوى –وهذا لا يتصور عقلا بطبيعة الحال– وذلك تأسيسا على أن المحكمة تلزم عند اصدار الحكم بأعمال القانون من تلقاء نفسها .

⁽١١) أي أساسها القانوق – أي منشأ النزام المدين المدعى عليه .

⁽۲) يكنى أن يذكر المدعى فى حميفة دعواه منشأ الترام خصمه - أى سنده القانون - (حتى يستند هذا الأخير للعفع مطلوب خصمه أمام المحكة والرد عليه) و لا يلزم ذكر مواد القانون التي يستند اللها إذا كان سند طلبه هو نصى في القانون (نفقس ۲۷ أيريل ۱۹۳۱ والوز ۱۹۳۱ ص ۲۶۳) - ص ۲۶ من مقتل و تقفس فرنسى (دائرة العرائس) ۲۷ أكتوبر ۱۹۳۶ - دائوز ۱۹۳۶ ص ۲۶۳) - كتاب نظرية الدفوع رقم ۹۳ - و انظر في المرجع المتقدم أثر تخلف البيانات المتقدة في صحة حميفة الدعوي.

⁽٣) حامد فهمي و محمد حامد فهمي رقم ١٢٩ وما يليه .

ولذات الاعتبارات المتقدمة بجوز للطاعن بالنقض أن يطعن على قضاء المحكمة فى مسألة قانونية تكون قد تعرضت لها من تلقاء نفسها وأسست الحكم علمها ، ولا يعد هذا منه سببا جديدا للطعن(١٠).

٥٢ – استثناء – لاتحكم المحكة من تلقاء نفسها باعمال الجزاء المترتب
 على مخالفة القواعد الاجرائية الا اذا نص القانون على مايخالف ذلك:

درسنا هذا الموضوع على وجه التفصيل في كتاب نظرية الدفوع الطبعة الثانية (٢) ... و نضيف أن على المحكة أن تحكم من تلقاء نفسها بانتفاء صفة الحصم المتمسك بالجزاء اذا لم تكن هذه الصفة مقررة له في التشريع ، تأسيسا على أن الفقه والقضاء يوجبان على المحكة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى أو الدفع لانتفاء صفة مقدمه (٣) ، وعلى أن الاجراء يعد صحيحا الم أن يحكم بيطلانه ولا يحكم بهذا البطلان الا بناء على تمسك من ذات الخصم المترر الجزاء لمصلحته .

ومتى تمسك الخصم — صاحب الصفة — بجزاء معن وجب على المحكمة أن تعمل حكم القانون فى هذا الصدد . فئلا اذا تمسك المدعى عليه باسقاط الخصومة لعدم السير فيها مدة سنة بفعل المدعى أو امتناعه (عملا بالمادة ٣٠١ وما يلبها) . وجب على المحكمة أن تتحقق من أن هناك خصومة وأنها قائمة ، وأنها قد وقفت مدة سنة ميلادية على الأقل . وأن الوقف بفعل المدعى أو امتناعه . وأنه لم يتخذ فيها أى اجراء قاطع لحذه المدة .

٥٣ - أمثلة فيما تقدم: مخالفة نص صريح دون ذكر السبب - عدم
 يبان الأساس لما قضى به:

قضت محكمة النقض بأن عدم بيان الحكم علة عدم الزام الخصم بغوائد متأخر الثمن (أو فوائد مقابل ما باشره الوكيل لصالح موكله من أعمال) في حن أن القانون المدنى يوجب هذا ـــ هو قصور يستوجب نقضه (14).

⁽١) المرجع السابق وسائر المراجع والأحكام المشار اليها فيه .

⁽٣) نظرية الدفوع الطبعة الثانية - رقم ١٠٥ م (١٠) وما يليه .

⁽٣) المرافعات رقم ١٨٨ ونظرية الدفوع رقم ٣٥٥ – والطبعة الثانية رقم ١٠ م (٦) .

 ⁽¹⁾ تقنَّن ٢٥ ماير ٩٥٠ الحبوعة ١٠ – ٣٤٥ ، وتقنى ١٦ يُونَه ١٩٥٥ كـ المجموعة
 ٢ – ٣ – ١٢٢٦ على التوالى.

وقضت ببطلان الحكم الذي أغفل بيان مصدر الرام الحصم بما ألزمه به لانعدام أساسه القانوني(١٠).

وقضت بأن عدم اعتداد الحكم بقرينة قانونية على ملكية الحائزوعلى وجود السبب الصحيح وحسن النية حتى يثبت المكس هو خطأ فى القانون^(٢).

85 – (رابعاً) العبرة بصدور الحكم موافقاً للقانون ولو لم تذكر فيه القاعدة القانونية التي يني علمها :

قضت محكمة التقض بأنه لا يلزم لسلامة الحكم أن تذكر المحكمة فيه القاعدة القانونية التي ينته عليها ، اذ العبرة في صحته هي بصدوره موافقا للقانون . فاذا كانت المحكمة قد بنت حكمها برد مبلغ الدوطة على أن الدوطة التي تدفعها الزوجية ما دامت قائمة فاذا التي تدفعها الزوجية ما دامت قائمة فاذا التقضت أصبحت واجبة الرد . فان حكمها يكون سليا قانونا اذ أن مبلغ الدوطة يكون في هذه الحالة مسلما على سبيل أنه عاريه استمال واجبة الرد عند حلول الظرف المتفق عليه عملا بنص القانون المدنى ٣٠٠.

واذا قضت المحكمة باسقاط الحصومة وبنت حكمها على أن هذه الحصومة قد وقف السير فيها سنتن باهمال المدعى فان هذا الحكم يكون صحيحا سليما دون حاجة الى ذكر القاعدة القانونية التى تقرر اسقاط الحصومة اذا وقف السير فيها مدة سنة ودون حاجة الى ذكر شروط اعمال القاعدة متى كانت قد احترمت تلك الشروط .

٥٥ – (خامسا) لا يعيب الحكم اغفاله ذكر مواد القانون التي طبقها على وقائع الدعوى متى كانت النصوص الواجب اعمالها مفهومة من الوقائع التي أوردها (3):

 ⁽١) نقض ٣ أبريل ١٩٥٢ الحبوعة ٣ – ٣ – ٨٦٢ .

⁽۲) فقض ۶ فبرار ۱۹۵۶ انجيموعة ۵ – ۲ – ۲۸۲ – وانظر أيضا نقض ۱۰ يناير ۱۹۵۲ الجيموعة ۳ – ۲ – ۲۷۳ .

⁽٣) نقض ٢٧ مايو ١٩٤٣ - مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ١٧٠ .

⁽¹⁾ تقض ۷ أبريل ۱۹۵۵ – رقم ۷۳ سنة ۲۲ – الحبيوعة ۲ – ۳ – ۹۳۱ - و فقض ۲۵ مايو ۱۹۵۱ – رقم ۱۶۲ سنة ۱۹ – المجيوعة ۲ – ۳ – ۸۵۷ - ونقفس ۲۶ مايو ۱۹۵۱ رقم ۱۶۹ سنة ۱۶ – المجيوعة ۳ – ۳ – ۸۲۳

كما لا يعيب الحكم خطوه فى ذكر رقم النص القانونى الواجب التطبيق مى كان المفهوم من وقائع الدعوى أن النص المقصود اعماله هو النص الصحيح⁽¹⁾.

٥٦ – (سادسا) العبرة فى التكييف بتوخى معانى القانون لربط معانى
 فهم الواقع بها ، ولا يعتد بذات ألفاظ القانون وعباراته :

القاعدة الأساسية فى التشريع أن القاضى لا يلزم عند تكييفه لوقائع الدعوى باستهال ذات الألفاظ والعبارات الى أوردها القانون للتعريف بالقاعدة الفانونية أو لتحديد شروطها أو أركانها أو عناصرها أو معانها ، وحسبه أن يجرى التكييف على هدى معانى القانون الى قصدها بالفعل . وبعبارة أخرى . العمرة أن يأتى تكييف الوقائم على معانى القانون .

ومحكمة النقض لا ترمى ــ فى الواقع ــ الا الى اعمال القانون اعمالا صميحا دون التقيد بلفظ أو اصطلاح معن .

وحتى بالنسبة الى المصطلحات الدقيقة المتملقة بقانون المرافعات ، لا محل لتجريح الحكم اذا استعمل تعبيرا الخويا دارجا بدلا من التعبير الحاص المقرر في هذا القانون . فاذا حكم القانون بيطلان المرافعة أو الحصومة وكان يقصد في الواقع تعبير السقوط الحصومة المقرر في المادة ١٥٣١ وما يلها ، فلا يترتب ثمة بطلان ما دام قد أسقطها بالفعل عملا بنصوص هذه المواد وما دام قد بهي حكم على الأسباب الصحيحة التي تبرره . وكثيرا ما يستحمل تعبير والدعوى للدلالة على الحصومة ، وقد أصبح هذا خطأ شائعا مقبولا من جانب الفقه أو القضاء ٢٠١ .

٥٧ — (سابعا) اتساق منطوق الحكم مع أسبابه ـ اقامته على أساسين متناقضين أو أسباب متناقضة أو أسباب تتعارض معه :

حتى يعد منطوق الحكم مبنيا على أسبابه بجب توافر رباط منطقى وثيق بن هذه وذاك . ومن ثم يعيب الحكم تناقض منطوقه مع أسبابه ، أو تناقض أسبابه نحيث يصبح خاليا من الأسباب التي تبرره .

⁽١) نقض ١٣ نوفبر ١٩٥٧ – مجموعة أحكام النقض ٤ – ١ – ٨٨ .

⁽٣) كتاب المرافعات رقم ٨٣ .

أما تناقض أجزاء المنطوق مع بعضها فهو – فى ذاته – سبب من أسباب التماس اعادة النظر اذا جعل تنفيذه مستحيلا (٦/٤١٧) ، كما اذا قضت المحكمة رفض دعوى الاستحقاق الأصلية وقضت فى ذات الحكم على ضامن المدعى عليه بالتعويض ، أو قضت بالزام المدعى عليه بدينة (۱)، أو قضت المالك أطيان بالتعويض مقابل أجرة رجا فى مدة معينة وقضت له فى ذات الحكم بتعويض مقابل عدم الانتفاع بذات الأطيان وعن نفس المدة لعدم زراعها بسبب حرامها من الرى (۲).

والجدير بالذكر أن الغالب الشائع من الأحوال التي يكون فيها منطوق الحكم متناقضا مع بعضه تكون أسبابه هي الأخرى متناقضا مع بعضه تكون أسبابه هي الأخرى متناقضة ، وكثيرا ما يعد لذلك خاليا من الأسباب التي تبرره ، لأن منطوق الحكم هو في الواقع نتيجة أسبابه ، وهي مقدماته ومبرراته .

ومن ثم اذا تناقضت أسباب الحكم مع منطوقه محيث يعد مجردا من الأسباب فانه يكون باطلا (٢)، وكما أذا قضت المحكمة على المدعى علمه بالتعويض عن حادث ضار . وجاء في أسباب حكمها أن المدعى هو وحده المسئول عما أصابه من ضرر . فان الأسباب لا تؤدى الى النتيجة التي انتهى البها الحكم (4).

ويعيب الحكم اقامته على أساسين متعارضين من القانون . كما اذا ثبت من أسبابه مسئولية الحصمين معا وخطئهما معا وصدر المنطوق ملزما احدهما يتعويض ما دون أن يبين أساسا لذلك . فتكون الأسباب مهارة والمنطوق مجرداً من الأسباب (*).

⁽۱) جارسوئیه ۲ رقم ۷۵۵ وجلاسون ۲ می ۲۹۹

⁽٣) وهذا التعريض الأعبر يعد تعويضا كاملا على الحرمان من الانتفاع بزراعة الأطيان . فالجمع بين التعريضين غير جائز (نقض ٣٤ ينار ١٩٥٣ المجموعة ٣٠٣ ٣٠ (١٩٥) – ويلاحظ أن تناقض المنطوق في الحكم المتقدم ليس من شأنه أن يجعل تنفيذه مستحيلا ، وانما يجعله مشوبا بجطأ في تطبيق القانون .

⁽٣) نقض ٢٧ مارس ١٩٥٦ - الهبوعة ٧ - ١ - ٣٥١ ، ونقضى ٢١ يناير ١٩٩٣ مجموعة القواعد القانونية : ص ٣٩

⁽¹⁾ نقض ٨ أغسطس ١٨٩٣ (دالوز ١٨٩٤ - ١ - ٢١٤

^(*) نقض ٣١ يناير ١٩٤٦ – مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٧٧

وقفت محكمة النقض بأن قيام التناقض بين أسباب الحكم اللجهيدى وأسباب الحكم الفاصل فى الموضوع لا يعيب هذا الحكم بما يوجب نقضه ما دام الحكم التمهيدى قد اقتصر على احالة الدعوى على التحقيق ولم يفصل فصلا قاطعا فى أية نقطة من نقط النزاع (١١).

وقضت بأنه اذا وفع أحد المتعاقدين على الآخر دعوى تعويض عن التقصير في الوفاء بالنرامه ، وكان الثابت أن المدعى عليه لم يف جنا الالنرام ، ومع ذلك قضت المحكمة برفض الدعوى استنادا الى أنه لم يكن مقصرا وأن العقد الذي ترتب عليه تعاقده مع المدعى قد فسخ فانفسخ العقد الذي رتب عليه الالزام ، دون أن تبين في أسباب حكمها أن هذا الفسخ كان لحادث قهرى لا دخل لارادة المتعاقدين فيه جعل وفاءه بالالزام مستحيلا ، فان ذلك يكون الهاما في الحكم من شأنه أن يعجز عحكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون على وجهه الصحيح (٢٠).

وقضت بأنه اذا كانت المحكة قد قضت برفض اللغم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيا تأسيسا على أن سبب الدعوى الحالية هو وضع اليد الملحية المملكية ، وسبب الدعوى السابقة هو عقد بيع ، أحالت الدعوى الى التحقيق لاثبات واقعة وضع اليد على العين المتنازع عليا ونفيا ، وبعد أن سعت أقوال الشهود اثباتا ونفيا قضت برفض الدعوى بناء على الحكم السابق صدوره في الدعوى السابقة ، ولم تشرق حكمها الم التحقيق الذي باشرته ، فأما بذلك تكون ناقضت الحكم الصادر برفض الدفع ، وشاب حكمها القصور لاغفالها الأساس الذي قامت عليه الدعوى الحالية وهو التقادم ملكسب ، وسكوتها عن التحدث عن نتيجة التحقيق الذي أمرت به لاثبات وضع يد المدعى على العين المتنازع عليا (٣).

 ⁽١) نقض ه يناير ١٩٥٠ - المجموعة ١ - ١٦٢ ، ونقض ٢٩ أكتوبر ١٩٤٢ - مجموعة القواعد الغانونية ٣ ص ٨٨، ونقض ٣٠ مايو ١٩٣٥ بجموعة القواعد الغانونية ١ ص ٩٥،

⁽٣) نقض ١٦ مارس ١٩٤٤ - مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ٣٩٣

 ⁽⁷⁾ تقض ١٨ مايو ١٩٥٠ – الحبوعة ١ – ١٠٥ و أنظر أيضا نقض ٢٤ يتاير ١٩٥٢ – الهموعة ٣ – ٢ – ١١٥

وقشت بانه مى كان الحكم اذ قضى بالزام الطاعن الأول عا يستحقه المطعون عليه قبله فى صافى الابراد فى مدة الحراسة احتسب ذلك على أساس ما قدره الحبير لجملة ابرادات التركة عا فيها العقار الذى يشغله المطعون عليه باعتبار أنه مستغل استغلالا كاملا ومع ذلك فان الحكم عند ما قضى للطاعن الثانى على المطعون عليه بريع هذا العقار لم يلزمه الا بثلث الربع الذى قدره الحبير استنادا الى أنه يشغل الاجزاء منه وأن الجزء الآخر غير مستعمل ومشغول بالتربة كثيرة ، وذلك دون أن يبرر اختلاف التقدر فى كلتا الحالتين فان هذا الحكم يكون قد شابه بطلان يستوجب نقضه الله.

وقضت بأنه اذا ذكرت المحكمة فى أسباب حكمها عن طريق فاصل بين عقارين أنه مملوك لأحد الحصوم ثم ذكرت فى موضع آخر من الأسباب أنه من الأموال العامة : فان هذه الأسباب تكون متناقضة مما يترتب عليه اعتبار الحكم باطلا لحلوه من الأسباب التي تبرره(٢٠).

وقضت بأنه اذا كان الحكم الابتدائى اذ قضى بتثبيت ملكية الطاعن للاطيان موضوع النزاع قد اتخد من شهادة الشهود دعامة لقضائه : وكان الثابت من الصورة الرسمية لمحضر التحقيق أن هوالاء الشهود قد ذكروا أن الطاعن كان يضع البد على الأطيان أكثر من خس عشرة سنة بصفته مالكا ظاهرا بنفسه بل ان بعضهم حدد سبب وضع يده وهو الشراء . وكان الحكم الابتدائى قد أقام قضاءه على سببن : أولهما أن شهادة الشهود من جهة تتمارض مع قول للطاعن فى دعوى سابقة خاصة بجزء من هذه الأطيان . وثانيهما أن أحدا من الشهود لم يذكر من جهة أخرى من هذه الأطيان . وثانيهما أن أحدا من الشهود لم يذكر من جهة أخرى أن الطاعن كان يضع البد بنفسه وبصفته مالكا فى المدة التى حددوها ، فان مسخ الحكم الاستثناق لشهادة الشهود على هذا النحو ومناقضته ما حكاه

⁽۱) ققش ۹ مارس ۱۹۵۲ - الحبيوعة ۴ - ۲ - ۹۹۱ .

رانظر فى اتساق منطوق الحكم مع أسبابه تقض ٧ يونيه ١٩٥٦ -- الهجموعة ٧ - ٣ - ٧٠١ . ونقض ٢٥ نوفير ١٩٥٤ - المجموعة ٣ - ١ - ١٧٤ .

⁽٣) نقض ١٧ أبريل ١٩٤٧ عجموعة القواعد القانونية ، ص ٢٠٥

عن شهادتهم للواقع فى الدعوى ثما يعيبه ويستوجب تقضه . ولا محل للقول بأن ما تناوله المسخ كان نزيدا مادام اهدار الحكم شهادة الشهود كان نتيجة للسيس مجتمعن ، أما مبلغ تأثر الحكمة باسما منفردا فلا سبيل لاستنباطه (١٠)

٥٨ — اذا بنى الحكم على دعامتين مستقلة احداهما عن الأخرى ، وكان يصح بناء الحكم على احداهما فقط ، فان النعى عليه فى الدعامة الأخرى يكون غير منتج فى جميع الأحوال(٢).

٩٥ — الأسباب الزائدة التي لا حاجة بالحكم اليها لا تؤثر في صحته ولو كانت خاطئة ، وسواء أكانت متعلقة بتقدير بعض الوقائع أم بتكييف عقد أم بتطبيق القانون أو تفسيره :

اذا استقام منطوق الحكم مع أسابه فانه لا يعيه أن ترد فيه أسباب زائدة لا حاجة به اليها . فاذا انصب النهى عليها كان غير منتج (٣) ، وذلك لأن القاعدة أن الطعن فى الحكم بمخالفة القانون أو بالحطأ فى تطبيقه أو تأويله لا يجدى الا اذا كان الحكم ذاته قد بنى على هذا الحطأ أو تلك المخالفة ، والا فالحكم يكون صحيحا ، بصرف النظر عما يحتويه من الأسباب القانونية ، ولحذا جرى التعبير بأن المقصود بالخطأ هو ذلك الذي يشوب منطوق الحكم دون أسبابه ، واذن ذكر اعتبار خاطئ فى أسباب الحكم لا يفسده اذا لم يؤثر فيه ، وذكر تفسير خاطئ المقانون أو تأويل أو مخالفة له لا يستوجب نقض الحكم أو بطلانه متى كان المذكور قد ورد فى أسبابه ، وكانت هناك أسباب

⁽۱) نقش ۳۰ نوفیر ۱۹۵۰ انجبوعة ۲ – ۱۱۴ – ۱۱۴

⁽٣) نقض ٨٩ يناير ١٩٥٤ - الجموعة ٥ - ٣ - ٤٦٤ ، وتغفى ١١ فبراير ١٩٥٤ - ١ المجموعة ٥ - ٣ - ٧٠٥ ، ونقض ٢٧ قوقبر ١٩٥٢ - مجموعة أحكام النقض ٤ - ١ - ١٣٤٠، ونقض ٩ ابريل ١٩٥٣ - المجموعة ٤ - ٣ - ٨٩٩

 ⁽٣) تقضى ٣ مايو ١٩٥٦ الهبوعة ٧ - ٧ - ١٣٣١ ، وتقض ٧ أبريل ١٩٥٥ - الهبوعة
 ٣ - ٣ - ٩٣٧

أخرى صحيحة تستثيم معه ، وتناقض أسباب الحكم ، لا يبطله اذا بنى على أسباب صحيحة كافية(٢١(١).

وعلى العكس ، اذا وردت فى أسباب الحكم تقديرات لمبادئ قانونية سليمة صحيحة فانها لا توثر فى تصحيح المنطوق اذاكان قد صدر محالفا للقانون ولم ين على تلك التقديرات الصحيحة .

و قد قضت محكمة النقض اعمالا للمبادئ المتقدمة بأنه اذا كان الحكم قد قضى للطاعن بالتمويض على أساس أن اخلال الشركة المطعون عليا بالتراماتها قد ضبع عليه فرصة كان يترقبها من وراء اظهاره فى الافلام المتفاقد عليها ، وهي ذيوع شهرته كمثل سيهائى فانه يكون من غير المنتج النمي على هذا الحكم بأنه وصف هذا الضرر بأنه ضرر أدبى فحسب فى حين أن الطاعن برى أن الوصف الحقيقى المنطبق عليه أنه ضرر مادى متى كآن لم يقدم الى محكمة الموضوع ما يدل على أن ضررا آخر محققا قد حاق به خلاف الضرر الذى قضى له بالتعويض من أجله (؟).

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد كيف دعوى منع التعرض بأنها دعوى استرداد حيازة . وهي لا يشترط فيها توافر الحيازة لمدة سنة فانه لا يعيبه ما تريد به بعد ذلك فى بحث الدعوى على اعتبارها منع تعرض مهما جاء فيه من خطأ⁽⁴⁾.

⁽۱) جلاسون ۳ رقم ۱۹۵ وفلق رقم ۹۹ و ۱۹۱۳ ، ونفض قرنسی ۳ فبرار ۱۸۹۳ ، سیری ۱۹۶ – ۱ – ۱۰ و ۹ قبرایر ۱۹۱۰ سیری ۱۳ – ۱۰ – ۱۰۰ و ۲۱ ابریل ۱۹۲۳ ، سیری ۱۹۱۳ – ۱ – ۱۹۲۵ ، و ۲ فولمبر ۱۹۲۳ ، سیری ۱۹۱۵ – ۱ – ۱۹۲۸ فولمبر ۱۹۲۳ ، سیری ۱۳۲۵ – ۱ – ۲۲۳ ، و نفض ۲۸ یولیه ۱۹۲۵ ، سیری ۱۹۲۵ – ۱ – ۲۰۵ و ۲۵ ینایر ۱۳۲۸ جازیت بالیر ۲۲ – ۱۹۵۵ ،

⁽٣) وتحكمة النقض أن تستكل الأسباب القانونية اللازمة في الأحوال المتقدمة ، وتستدرك ما وجدته في بعض الأسباب من الأعطاء القانونية – جلاسون المرجم السابق ، ونقض ع ٢ يناير ١٩٣٨ جازيت باليه ١٩٧٨ – ١ – ١٩٤٥ والأحكام العديدة المشار اليها في المرجم السابق.

 ⁽٣) نقض ١٠ ديسمبر ١٩٥٣ المحموعة ٥ - ١ - ٢٤١ -

وأنظر ١٣ توفير ١٩٥٧ . انجبوعة ٤ – ١ – ٨٨ ، وتفضى أول مايو ١٩٥٧ – المجبوعة ٣ – ٣ – ٩٩٢ ، تقضى ٢١ يوتيه ١٩٥٦ المجبوعة ٧ – ٢ - ٧٤٢ ، وتقضى ٤ مارس ١٩٥٤ الهبوعة ٥ – ٢ - ٧٧٥ ، وتقض ٨ يتاير ١٩٥٣ المجبوعة ٤ – ٢ – ٣٤٤

⁽⁸⁾ تقض ۱۹ دیسمبر ۱۹۵۶ الحبوعة ۲ – ۱ – ۲۰۸۱

وقضت بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه قد أغفل الرد على دفع الطاعنة بعدم قبول استناف المطمون عليهما لسابقة الفصل فيه بالحكم الصادر في استناف البائعة وبي قضاءه على أسباب أخرى لا تتصل بهذا اللهم ، فان هذا الحطأ يكون غير منتج ولا يوثر في سلامة النتيجة التي انتهى البها من رفض الدفع وقبول الاستئناف بعد أن تين نما تقدم أن الحكم السابق لم عزقوة الأمر المقضى في خصوص طلب قبول المطعون عليهما خصمين ثالثين في الدعوى (١).

وقضت بأن خطأ الحكم فى الاسناد لا يبطله اذاكان هذا الخطأ قد ورد استطرادا زائدا بعد استيفاء دليل الحكم ولا أثر له فى النتيجة التى انتهى اليها^(١٢).

وقضت بأن خطأ الحكم فى تطبيق القانون لا يبطله اذا كان هذا الحلفاً لم يؤثر فى سلامة منطوقه . واذن فاذا كان الحكم اذ قضى بأن التقادم لا يبدأ الا من الوقت الذى تخرج فيه العين من حيازة الراهن محجة أنها ما دامت فى حيازته فان يده عليها هى الدليل الحسى الملموس على بقاء الرهن واستمراره وأنه لا تقادم ولا سقوط مهما طال أمد الرهن وكان هذا خطأ فى القانون ، الا أن هذا الحطأ لا يبطله اذا كان الحساب بين الطاعن والمطعون عليم لم يصف بعد ، وكان حق المطعون عليم بالتالى فى طلب الحساب واسترداد العين المرهونة لم يزل باقيا لم يلحقه بالتالى فى طلب الحساب واسترداد العين المرهونة لم يزل باقيا لم يلحقه مقادم (٣).

وقضت بأنه لا يبطل الحكم اذا وقع فى أسبابه خطأ فى القانون ما دام هذا الحطأ لم يؤثر فى النتيجة التى انتهى الها . واذن فخطأ الحكم فها قرره من أنه ينبى على تقصير المشترى ، الطاعن - فى تنفيذ التزاماته بالنسبة الى أحد القطعتين المبيعتين بطلان عقد البيع برمته مع أن هذا التقصير لا يعد سببا

 ⁽۱) نقض ۱۱ أكتوبر ۱۹۵۲ المجموعة ٤ – ۱ – ۱۱

 ⁽۲) نقض ۲۲ أكتوبر ۱۹۵۰ المجموعة ۲ – ۱ – ۹.

⁽٣) نقش ٢٣ توفير ١٩٥٠ الجبوعة ٢ -- ١ -- ٩٣

لاعتبار العقد باطلا ، هذا الخطأ لا يبطل الحكم مى كان قد أقيم فى أساسه على ما حصلته المحكمة من أن التزامات المشرى بالنسبة الى القطعتين واحدة لا تقبل التجزئة ، وأنه قصرفى الوفاء مها ، وأن البائع ـــ المطعون عليه ـــ تمسك قبله بالدفع بعدم التنفيذ فلا يكون محقاً فى دعواه (١١).

وقفست بأنه منى كان الحكم مقاما على أدلة تسنده فلا يؤثر في سلامته ما يكون قد وقع به من خطأ في الاسناد أو اغفال لبحث بعض الأوراق فها ورد فيه تزيدا(٢).

وقضت بأنه لا يعيب الحكم أن يكون قد اعتبر الاتفاق وكالة بالعمولة فى حين أنه عقد من نوع خاص مي كان قد انهى انى نتيجة سليمة ^(٣).

٩٠ – وجوب تسبيب كل حكم يصدر بصورة صريحة أو ضمنية فى طلب
أصلى أو احتياطى أو عارض ، أو فى دفع موضوعى أو شكلى أو فى دفع
من الدفوع بمدم القبول أو فى دفع ردا على دفع آخر ، متى قدم الطلب
أو الدفع الى المحكمة تقديما محيحا وصريحا :

القاعدة هي وجوب تسبيب كل حكم يصدر في طلب أصلي أو احتياطي أو في طلب عارض من المدعى أو المدعى عليه أو من الغير (التدخل في الخصومة) أو من أحد الخصوم في مواجهة الغير (اختصام الغير) . كما يلزم تسبيب كل حكم يصدر في دفع سواء أكان هذا الدفع شكليا أو موضوعيا أو من الدفوع بعدم قبول الدعوى أو كان دفعا للدفع (كالدفع بعدم قبول دفع شكلي للتمسك بعد الميماد – وهو من الدفوع بعدم القبول التي تبدى في أية حالة تكون عليها الاجراءات عملا بالمادة عملا) . ويعمل بالقاعدة المتقدمة سواء أصدر الحكم في الطلب أو الدفع بصورة صريحة أم ضمنية . ويشترط لاعمالها أن يدلي

⁽۱) فقض ۲۲ مارس ۱۹۵۱ الجينوعة ۲ - ۲ - ۱۶۶۶ .

والظر أيضا نقض ه ابريل ١٩٥٤ – المجموعة ٢ – ٣ – ٣٩٣ .

⁽٢) نقض ٢٤ نوفبر ١٩٤٩ سالمبموعة ١ ٣٩٠٠.

ونقض ٣٠ مارس ١٩٥٠ – الحبوعة ١ ~ ٣٩١ .

⁽٣) نقض ٢١ مايو ١٩٥٣ – الحبوعة ٤ – ٢ – ١٠٦١ .

الحصنم بالطلب (٢) أو الدغع بصورة واضحة صريحة مفهومة (٢) وألا يتنازل صراحة أو ضمنا عن النسك به (٢) ، وأن يكون التقدم به صميحا الى المحكة . ويلاحظ أنه اذا رأت المحكة يطلان الاجراء الذى قدم به الطلب أوالدفع ، أو رأت عدم قبول هذا أو ذاك لسبب ما فانه من الواجب تسبيب القضاء الصادر بالبطلان أو بعدم القبول (بناء على تحسك صاحب المصلحة أو من تلقاء نفس المحكة وفقا لظروف الأحوال) .

وكثيراً ما يصدر الحكم مشتملا على أسباب عامة تصلح للرد على سائر الطلبات أو الدفوع وفق ما سوف نراه فى الفقرات التالية .

ويلاحظ أخبراً ان اغفال الفصل في طلب موضوعي يجيز للخصم صاحب المصلحة الرجوع الى المحكمة للفصل فيا أغفلته عملا بالمادة ٣٦٨ بشرط أن يكون الاغفال اغفالا كليا . ولا يؤثر هذا الاغفال في صحة القضاء الصادر في الطلبات الموضوعية الأخرى . واغفال الفصل في دفع ما (أو طلب في صورة دفع شكل) بصورة صريحة أو ضمنية يؤدى الى الغاء الحكم الصادر في الموضوع اذا بني على القضاء الضمني غير المسبب برفض اللفع وفق ما سوف تراه فيا بعد . أما اغفال الرد على أدلة الخصوم أو أوجه دفاعهم أو مستنداتهم أو طلبهم احالة الدعوى على التحقيق فسوف ندرس أثره في المحث التالى .

⁽١) نقض أول ديسمبر ١٩٤٩ - مجموعة القواعد القانونية ١ ص ١٥

⁽٣/ لا تأريب على المحكمة أن هي أم تبحث صورية المقد من كان المقدم أم يخرج قوله بالصورية غرج الدفيم الصريح الراضح الذي يحمّ على الحكمة أن ترد عليه (تقضى ١٥ مايو ١٩٤٧ – مجموعة القواعد التانونية ٥ ص ٤٩٠) و قضت محكمة التنفس بأنه لا يعد دفعا صريحا بيطلان تقرير الحبير يلزم الحكمة بنارد عليه ومنقشته قول الحسم و من العدالة أن يكون تقدير الربيع متناصبا مع هذه الفيمة ... بدون التفات لأعمال الخبير الباطلة الذي باشر عمله في غياب المستأنفة بعون أن يطلب يبوم مباشرة عمله ... ه نقض ٩ ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة الفواعد الفاقوفية ٥ ص ٩٧٨

⁽٣) حكم بأنه اذا دفع الحسم بعدم الاختصاص المحل ثم طلب التأجيل ليئبت يتقدم سندات معينة براءة ذبته من جزء من الدين ، وقدم هذه المستندات ثم وافق عل تأجيل آخر ، فانه يكون قد عدل من حقه في التمسك بعدم الاختصاص ، مرجع القضاه رقم ٧٩٣٣

٩١ ــ أحكام لاتسبب لأن مجرد النطق بها يفصح فى ذاته عن سبب صدورها :

الأحكام غير القطعية المتصلة باثبات الخصوم أو بتنظيم سيرها :

مجرد النطق بالحكم باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات يفصح فى ذاته عن سبب صدوره ، ولا يتطلب الأمر تسييه ، اما اذا عدلت المحكمة عما أمرت به من اجراءات الاثبات فن الواجب اثبات سبب العدول بالمحضر عملا مالمادة ١٦٥٠.

وجدير بالاشارة أن المحكمة اذا تناولت في حكمها عث جواز الاثبات قانونا بطريق معين أو عدم جوازه أو تحديد الحصم المكلف قانونا بالاثبات فانها تكون قد حكمت بقضاء قطعي يلزم تسبيه ونخضع لرقابة محكمة التقفى١١٠.

ومجرد النطق بقرار المحكمة بضم دعويين يشف عن سبب صدوره ، وهو توافر رباط بينهما : كذا الحال بالنسبة للقرار بالفصل بينهما^(٣).

القرارات الصادرة من دائرة فحص الطعون باحالة الطعن الى الدائرة الخاسية :

هذه القرارات لا يلزم تسبيها عملا بالمادة ٤٣٧ (ممدلة بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥) . وذلك لأن مجرد النطق بها يفصح فى ذاته عن سبب صدورها ، وهو جدارة عرض الطعن على الدائرة الحماسية . ولأن التسبيب قد يشف عن وجهة نظر دائرة فحص الطعون وقد تتعارض مع وجهة نظر الدائرة المحال اليها الطعن . ولأن هذا التسبيب يبرر منع اعضاء دائرة فحص الطعون من الاشراك في الدائرة الحماسية رفعا للحرج ، في حين أن المشرع قصد اشراك هؤلاء في الدائرة الحماسية (٢٠).

^{(1) (}٣) (اجع بالنسبة للحكم الصادر بوقف الدعوى وطبيعة : جلاسون ٣ وقم ٧٤٤ والأحكام المشار اليها - وكتاب الأحكام الصادرة قبل القصل في الموضوع .

⁽٣) كتاب نظرية الدفوع الطبعة الثانية رقم ١٦١ .

الأحكام الصادرة من دائرة فحص الطمون برفض الطمن بالنقض :

يكتفى المشرع بأن تدون هذه الأحكام بمحضر الجلسة وتبن الدارة فيه بانجاز وجهة نظرها (المادة ٤٣٢ معدلة بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥).

وواضح أن المشرع قصد بذلك تفادى التناقض والتعارض الذى قد محدث بين قضاء هذه الدائرة وقضاء الدائرة الحماسية في لو أوجب تسييب الأحكام الصادرة بالرفض ، فيقع الحرج الذى كان سبب نقد النظام الفرنسى وكان سبب الغائه (۱۱) ، هذا فضلا عن أن الدائرة لا تتوافر لديها العناصر الكاملة للحكم . اذ المفروض أن يصدر قضاوهما فى غفلة من المطعون عليه (م ٤٣٢ معدلة بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥) .

الأحكام الصادرة بما للمحكمة من سلطة تقديرية فى اختيار أحد وجهى الحكم بالقانون :

اذا أجاز المشرع للقاضى الآخذ بأحد وجهى الحكم في القانون حسماً براه من طروف كل قضية ، فان معنى هذا أن المشرع بترك للقاضى سلطة تقديرية مطلقة منى توافرت الحالة القانونية التى بصددها أجاز له اختيار أحد وجهها ، دون حاجة الى ابداء أسباب هذا الاختيار ، لأن بجرد اجراء هذا الاختيار في يفصح عن سببه – وهو ارتياح المحكة نظرا لظروف القضية ووقائمها في تفضيل خصم على آخر . ولا تخضع هذا التقدير والاختيار لرقابة محكة التقض "؟ بشرط أن تكون الحالة القانونية – التى أجاز فها المشرع للمحكمة اعمال السلطة التقديرية (؟) – قائمة وثابتة عا يؤيدها من الأسباب الواقعية والأسباب الواقعية

وقد بجيز المشرع للقاضى السلطة التقديرية المتقدمة بالنسبة الى اعمال قواعدالقانون المدنى أو التجارى أو البحرى أو قانون المرافعات .

⁽١١) المرجع السابق.

 ⁽۲۶) أنظر في هذا الموضوع قاى ص ١٦٦ وجارسونيه ٦ ص ٣٥٧ ، و حامد قهمي و محمد حامد
 أنهمي رقم ٧٩ وما ياليه .

pouvoir discretionnaire (7)

فثلا بجنز المادة ١٥١/م المحكمة أن تأذن المدعى أو المدعى عليه (م ١٥٧/د) الادلاء بطلبات عارضة بشرط أن تكون مرتبطة بالدعوى الأصلية ، وتجنز لها ألا تأذن بها ولو كانت مرتبطة بها . فتى ثبت من الحكم أن الطلب الذي تقدم به الحصم أثناء نظرالدعوى هو مرتبط سها ووضح دليل هذا الارتباط ، فانه يكون صحيحا اذا قبل الطلب بصورة عارضة ولوُّ لم يستند الى نص المادة ١٥١ أو المادة ١٥٢ ، أو لم يبرر دواعي قبول الطلب . واذا ثبت من الحكم أن الطلب مرتبط بالدعوى ومع ذلك لم يقبله بصورة عارضة فانه يكون صحيحا ولو لم يبرر عدم القبول . أما اذا أثبت الحكم أن الطلب لا ترتبط بالدعوى ، وكان الطالب قد استند في قبوله الي مجرد الفقرة ه من المادة ١٥١ أو الفقرة د من المادة ١٥٢ ، ولم يكن مندرجا أو معتبر ا من بين حالات قبول الطلبات العارضة الأخرى المشار اليها في هذه المادة أو تلك . محيث لا تلزم المحكمة بقبوله تحقيقا لاعمال القانون اعمالا صحيحا . فان الحكم لا يكون باطلا ولو لم يبن ويوضح انتفاء الارتباط . ما دامت المحكمة محمرة بن قبوله أو عدم قبوله ولوكان بالفعل مرتبطا بالدعوى الأصلية وما دام هذا الطلب ليس من بن الحالات التي تلزم فها انحكمة بقبوله بصورة عارضة.

ويجز المشرع في المواد 3.9 وما يابها الحكم بالنفاذ المعجل أو رفضه أوالحكم بالكفالة أورفضها حسها تقدره المحكمة من ظروف كل حالة . فرجح بن مصلحة المحكوم عليه . ونجب أن يثبت في الحكم طلب المحصم شول الحكم بالنفاذ وأن الحالة المذكورة فيه تندرج تحت أحوال النفاذ المعجل محكم المحكمة جوازا . ونجب تدير هذا القضاء بما يويده من الأسباب الواقعية والقانونية . ولا يازم بعدثذ تبرير الحكم بالنفاذ أو رفضه . أما اذا أثبت الحكم أنه لا يعد من أحوال النفاذ المعجل الاختيارى فلا يلزم تسييب هذا القضاء من كانت حقيقة الحال أنه لايعد أيضامن أحوال النفاذ المعجل الاختيارى فلا يلزم الوجوبي . وذلك لأن المحكمة غيرة بن شمول الحكم بالنفاذ أو عدم شموله ولوكان بالفعل من أحوال النفاذ المعجل الاختيارى .

وتنص المادة 110، المحكم على المدى بوقف الدعوى مدة ثلاثة أشهر بدلا من الحكم عليه بالغرامة اذا تخلف عن ايداع مستنداته في الميماد أو عن تنفيذ أى اجراء كلفته به المحكمة ، وذلك بعد سماع أقوال المدعى عليه . فاذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعى ما أمرته به المحكمة جاز الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن .

واعمال المادة المتقدمة يقتضى أن تتحقق المحكمة من توافر الشروط الواردة فى صدر المادة ، وأن تثبت فى حكمها أن المدعى هو المهمل وأتها قد سمعت أقوال المدعى عليه قبل الحكم بالوقف ، وبعدئذ يكون الأمر اختياريا فى الحكم بالوقف أو عدم الحكم به .

واذا عجلت الدعوى بعد وقفها ولم ينفذ المدعى ما أمرته به المحكمة جاز لها الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن . ومجرد النطق بهذا الحكم يفصح عن سبب صدوره .

وقضت محكمة النقض بأن القضاء بنفقة مؤقتة لمستحق فى وقف وتحديد قيمتها نما يدخل فى سلطة القاضى التقديرية (الاطلاقية) . فالمحكمة ليست ملزمة بابداء ما تستند اليه فى تقر بر هذه النفقة وفى تقدير قيمتها(٢).

وتنص المادة ١٧٣ على أنه اذا تخلف الحصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الاجابة بغير مبرر قانونى جاز للمحكمة أن تقبل الاثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى ماكان بجوز فها ذلك .

وجدر بالذكر أن هناك أحوالا يترك فيها المشرع للمحكمة سلطة تقديرية ، وانما هذه السلطة التقديرية مقيدة ، بحيث اذا لم تبن بصورة صريحة أو ضمنية ما يبرر ما نحت اليه كان حكمها معيها .

 ⁽١) راجع أيضا المادة ٥٦٥ و ٥٦٦ في حجز مالهدين لدى النبر ، والمادة ٤٧٢ .
 (٢) نقض ١٣ مايو ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ ص١٩٣٣ .

فثلا اذاكانت الهكمة تملك الحكم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصم في الدعوى احالتها الى التحقيق ، كما تملك رفض هذا الطلب ، قانها مع ذلك تلزم ببيان سبب الرفض ، وكثيرا ما ترد في الحكم أسباب عامة تصلح المرد على مثل هذا الرفض ، أو رفض باقي القرائ التي لم تستند الها المحكمة (١١).

٦٢ -- أحكام لاتسبب لآنها تعد قائمة على أسباب الحكم فى الموضوع -- توابع الطلب الآصلي ومايرتبط به برباط قوى -- المصاريف:

اذاكان الأصل عند تعدد الطلبات (أو الدفوع) أن يبين القاضى في حكمه الأسباب الحاصة المتعلقة بكل طلب (أو دفع) فانه لا مانع مع ذلك من اقامة حميع أجزاء الحكم على أسباب عامة تصلح لكل واحد مها ، أو من اقامته ، اذا كان قاضيا بقبول طلب أو دفع أو رفضه ، على أسباب تصلح لحمل قضائه بقبول أو رفض طلب أو دفع آخر . فنلا محسب الحكمة أن تذكر في حكمها عدم قبول الدعوى المرفوعة فيا مختص برد عن الوقف بالحالة التي هي عليها ليحمل على تلك الأسباب قضاؤها بعدم قبول دعوى ربع هذه العن مدة الغصب المدعى به ، فان الدعوى النائية تنزل من الأولى منزل التابع من المتبوع ، وتأخذ حكمها قبولا ورفضا بطريق الاقتضاء (٢٠).

والحكم بأصل الحق وما تبعه أو التحق به من التوابع والملحقات أو برفض ذلك هميعا ، يكفى فيه أن يكون مشتملا على الأسباب التي بني عليها الحكم بقبول الطلب الأصلى أو رفضه ، ولا يصح الطعن عليه بأنه خلو من أسباب صريحة خاصة بالطلبات التابعة أو الملحقة . فحسب الحكم الصادر بالزام المدتى يالدن وقوائده من وقت المطالبة الرسمية والمصاريف أن يكون مسببا في خصوص أصل الالزام بالدن ليقام على أسبابه الحكم بالفوائد والمصاريف ، وحسب الحكم الصادر برفض طلب تثبيت الملك ورد تمراته أن يبين كيف نفى الملك عن المدتى . ليدل الحكم على أنه غير مستحق لنمراته . وحسب الحكم الصادر برفض الدعوى التي طلب فيها فسخ العقد ، والتعويض نتيجة الفسخ الصادر برفض الدعوى التي طلب فيها فسخ العقد ، والتعويض نتيجة الفسخ

⁽١) راجع ما قدمت في مدى سلطة قرضي الدعوى في هذا الصدد .

⁽٢) نقض ١٨ فبراير ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ ص ٩٦ .

ان تين المحكمة سبب الحكم برفض الفسخ لتحمل عليه الحكم برفض التضمينات ، وكل ما تقدم مشروط بعدم منازعة الخصم فى أصل الالنزام بالملحقات والا وجبت الاجابة عليها بأسباب خاصة(۱۱).

وفيها يلي أمثلة من أحكام المحاكم اعمالا للقواعد المتقدمة :

قضت محكة النقض الفرنسية بأنه اذا حكم المدعى مطلوبه ومع ذلك الرمه الحكم بالمصاريف وجب تسبيب هذا الحكم الأخير بأسباب تبرره والاكان باطلا⁽⁷⁾، وإذا لم تبن المحكة في حكمها وجه الزام المحكوم عليم بالمصاريف بالتضامن كان باطلا⁽⁷⁾، وإذا رفضت المحكة طلبات الحصم الأصلية ، فإن أسباب هذا الرفض صالحة لاقامة الحكم برفض توابع هذا الطلب وملحقاته أو طلباته الاحتياطية (3).

وقضت محكمة النقض بأنه متى كانت الفوائد في صورة القضية تعتبر من الطلبات التابعة لطلب التعويض الأصلى ، وكان الحكم اذ تعرض للطلب الأصباب التي ينى علمها قضاءه وهي أسباب شاملة يتحمل علمها القضاء في الطلب التابع ، فانه لا تثريب على الحكمة اذهي لم تورد بيان المناصر التي استندت المها في هذا الحصوص ، ما دام أن عناصر التعويض الأصلى التي أوردتها وافية البيان لا يشوها القصور (٥٠).

⁽¹⁾ حامد قهمی و محمد حامد قهمی رقم ۱۹۳

⁽٣) نقض فرنسي ٢٢ يوليه ١٨١٦ – دير توار دالوز رقم ١٠٤٩ تحت مبارة والأحكام،

⁽٣) نقض فرنس ٥ يناير ١٨٨١ (دانوز ١٨ – ١ – ١٣٩) - مع مراعاة المادة ٢٥٧ بن القانون المصرى ، بعض أنه اذا كانوا متضامنين في أصل النزامهم المقضى فيه ، فيعد الحكم بالزامهم في المصاريف بالتضامن قائمًا على المادة ٣٥٧ منى وضح في الحكم النزام هؤلاء متضامنين في أصل الالتزام .

⁽⁴⁾ نقض فرنسي ١٥ مايو ١٨٧٦ (دالوز ٢٦ - ١ - ٤٣٦) .

⁽⁰⁾ نقض ١٧ ضراير ١٩٥٥ - يجيوعة ٢٠٦١ - ٢٧٩ - ومع ذلك قضت بأن الفوائد - في صورة قضية أخرى مطروحة عليها - ليست من الملحقات الواجب القضاء بها حيّا بنما الأصل حتى يمكن القول بأن المكم بها اتحا كان سببه هو اعمال حكم التناون - واذن كان يتمين تسبيب القضاء الصادر فيها - نقضي ١٩ يونيه ١٩٤١ مجموعة القواعد الفانونية ٣ ص م ٣٨٠.

واتما يلاحظ أنه اذا قضت المحكمة بالمبلغ الذى يستحقه الحصم ورفضت طلب الفوائد دون أن تورد الأسباب التي تبنى علم اهذا الرفض ، فان حكمها يكون قاصرا في هذا الحصوص مما يستوجب نقضه (١١).

وقضت بأنه اذا اشتملت الدعوى على طلبن ، هما فسخ عقد والتعويض ، وثبت أن أسباب الفسخ هي بعيها الأسباب التي أقيم عليها طلب التعويض ، فان عث المحكمة في طلب التعويض يعتبر بحثا للاسباب التي أقيم عليها طلب الفسخ (۲۲) ، وكذلك الحال اذا رفضت المحكمة طلبا موجها الى مدعى عليما يطريق التضامن بيهما (۲۷) ، وانما اذا اشتملت الدعوى على طلبن أحدهما يطلان عقد والثاني رد المبلغ الذي دفع بناء على هذا العقد ، ورفض الحكم الدعوى بشقيها ، وذكر أسبابا لا تنصب الا على الطلب الأول وحده ولا تودى الى رفض الطلب الثاني ، فان الحكم يكون قاصر التسبيب في هذا الصدد (٤).

والحكم بتحديد المنزم بالمصاريف وقدرها اذا ما صدر متمشيا مع القضاء في موضوع الدعوى ، فانه يعتبر قائما على الأسباب التي أقيم عليها الحكم في الموضوع ، كما اذا قضت المحكمة لمكل من الحصمين ببعض طلباته وحماتهما المصاريف مناصفة عملا بالمادة ١٣٥٩.

⁽١) نقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ انجبوعة ٤ - ٢ - ٧٣٥ ، ونقض ٢٦ يونيه ١٩٥٥ الجبوعة ٢ - ٣ - ١٣٦٦ . وقضى بأن الحكم الصادر بالدين وبالفرائد – لا من وقت المطالبة الفضائية بل من يوم صدور الحكم المستأنف – يجب تسبيه فى الأمرين (فقض فرنسى ١٩ ديسمبر ١٨٧٧ – دالوز – ٧٧ - ١ - ٧٩٠ ، ونقض ٣٥ مايو ١٩٥٠ المجبوعة ٢-٣٤٥)

 ⁽۲) نقض ۲۷ مارس ۱۹۵۲ - المجموعة ۲ - ۲ - ۲۷٦

⁽T) نقض ١٦ نوفير ، ١٩٥٠ الحبوعة ٢ - ١ - ٢٣

⁽¹⁾ نقض أول مايو ١٩٥٧ ، المجموعة ٢ – ٢ - ١٠١٩

^(*) راجع حکم التقف ۲۱ نوفبر ۱۹۶۲ ، مجموعة القراعد القانونية ٤ ص. ۱ و جلامون ۳ رثم ۷۷۰ ونقش ثرنس ۱۳ مایو ۱۹۲۲ ، جازیت بالیه ۱ – ۷۲۶ ونقف ۳ مارس ۱۸۹۷ سیری ۹۸ – ۱ – ۱۳ – ۱ – ۱۳ ونقش ۱۹ فیرایر ۱۸۹۱ سیریه ۹۱ – ۱۹۶۱

وقضت محكة التقض بأنه اذا طلب المستأنف انقطاع الحصومة لوفاة أحد المستأنف عليهم، وأصدرت المحكة حكمها بتأييد الحكم المستأنف دون أن ترد على هذا الطلب فحسبها أن يتضع من بيانات الحكم أنها قد رفضته لحصول الوفاة بعد قفل باب المرافعة وتأجيل القضية (١١). ويكون رفض الطلب مؤسسا على المادة ٩٥٥.

٦٣ -- الأسباب الواقعية والأسباب القانونية (١) - مدى رقابة محكة النقض علما :

يين من كل ما تقدم أن من الأسباب ما يبرر الواقع الذى استخلصه القاضى ، ومن الأسباب ما يبرر ارساء القاعدة القانونية التى اختارها بصدده. وتسمى الأولى الأسباب الواقعية . وتسمى الثانية الأسباب القانونية .

والأصل أن محكة النقض تشرف على صحة تطبيق القانون دون أن تتعرض لما تملق بواقع الدعوى ، اذ لا دخل المقانون فى تحصيل فهم الواقع فى ذاته ومن ثم لا تملك القيام بالبحث عن أدلة جديدة . أو تجرى تحقيقا . أو تنقل المماينة ، أو تعللع على أوراق لم تقدم الى قاضى الدعوى . كما لا تملك الترجيح والموازنة بين الدلائل والقرائن التي قدمت الى قاضى الموضوع . لأن القانون قد خول له سلطة مطلقة فى هذا الصدد دون رقابة أو اشراف من جانب عكة النقض ..

واذاكان هذا هو الأصل العام الا أن لمحكمة النقض أن تر اقب فهم الواقع من نواح أربعة رئيسية :

۱ — التحقق من أن قاضى الدعوى قد احترم القواعد الموضوعية في الاثبات بالنسبة الى الأحوال التي بجوز فيها سلوك كل طريق من طرق الاثبات بحسب طبيعة المراد اثباته وما اذاكان وقائم مادية أم روابط قانونية ، وبالنسبة الى قوة الدليل المستفاد منه والحصم المكلف بالاثبات ، ويغينى على قاضى الدعوى أن يتقيد عا تقدم ويأخذه عن القانون أخذا صحيحا .

⁽١) نقض ٣٠ يونيه ١٩٣٢ ، مجموعة القواعد الفانونية ١ ص ١٣٠ .

les motifs de fait et les motifs de droit (T)

٧ — التحقق من أن قاضى الدعوى قد احترم القواعد الإجرائية فى الاثبات ، على ما قلمناه (١١)، فلم يستند الى نتيجة مستخلصة من تحقيق باطل ، أو يستند الى ورقة قلمها خصمه بعد قفل باب المرافعة وفى غفلة من خصمه الخ.

٣ - تتبع سر اجراءات الحصومة ومراقبته من واقع الأوراق الثابت فيها تلك الاجراءات ، بان تطلع محكة النقض عليها لتتحقق بنفسها من حقيقة الوقع في الدعوى وما اذاكان يتمشى مع ما قررته المحكة . وكثيرا ما ثبينا من الأمثلة العديدة لأحكام محكة النقض المتقدمة - أن قاضى الموضوع يبي حكمه على واقعة وهمية لا أصل لها في الأوراق أو تخالف الثابت منها. ولا يصح أن مجتج على ما تقدم مقولة أن قاضى الدعوى قد تثبت من وقائمها ما ذكره في حكمه ، وذلك لأن الذاع يتعلق في واقع الأمر مسألة قانونية هي مدى أخذه بوقائع الدعوى الثابتة وما اشتملت هي عليه من حجج وبيانات ، وما اذاكان قد مسخها وجوهرها.

واذن تملك محكمة النقض تتبع الوقائع الاجرائية (٢) بالاطلاع على أوراق الاجراءات . وذلك عند الادعاء بأن ما جاء به الحكم المطعون فيه يخالف ما احتوته تلك الأوراق (٢).

٤ ــ التحقق من أن قاضى الدعوى قد قدر أدلها تقديراً يتمشى مع المنطق السلم (1).

وبالنسبة الى تكييف الوقائع الصحيحة وارساء القاعدة القانونية مع آثارها عليها ، فقد قدمنا أنه يقتضى جهدا قانونيا ، ومن ثم تراقب محكمة النقض التكييف حتى تحدد ما يندرج تحت عموم الألفاظ والعبارات والقواعد القانونية وما لا ينبرج ، وعناصر أو شروط أو قيود هذه القواعد .

⁽¹⁾ في الفقرة رقم ١٨ وما يليها ، وما ذكرناه من أمثلة في هذا الصدد.

les faits procéduraux (7)

⁽٣) حامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ٤٧ ، و الأحكام العديدة التي تقدمت دراستها في الفترات السابقة .

⁽⁴⁾ راجع الأمثلة المشار اليها في الفقرة رقم ٢٤ وما يليها .

٦٤ ــ الأسباب المكملة للمنطوق(١١)، والأسباب التي تبرره (١٠): تعد الأسباب الأولى مكملة لما يرد في المنطوق من قضاء ، أما الثانية فهي تبرره فقط دون أن تشتمل على قضاء بحوز حجية ما .

وهذا الموضوع مخرج عن نطاق دراسة تسبيب الأحكام في ذاته (٢٠).

المبحث الشانى جزاء قصور التسبيب

اذا كان المشرع يوجب تسبيب الاحكام تسبيبا جديا فذلك
 لبحقق غاية المراد منه ، على التفصيل المتقدم :

واذن ليس يكفى أن تبدى أسباب مهمة أو غامضة أو عجملة أو متهارة أو متخاذلة أو ناقصة أو متناقضة بمحو بعضها بعضا أو مضطربة ــ ليس يكفى أن تبدى مثل هذه الأسباب لاعتبار الحكم صحيح الشكل من ناحية التسبيب⁽¹³⁾ ولا يعقل أن يكون مقصود قانون المرافعات أن يأتى القاضى بأية أسباب خاطئة أو غامضة فيصبح حكمه صحيح الشكل ، أو أن بردد مثل هذه

⁽۱۱) أو الجوهرية les motifs objectifs

les motifs subjectifs أو المرضية (٢)

⁽۲) انظر الدراسة انتفصيليه للموضوع فى كتاب الأحكام الصادر قبل الفصل فى الموضوع رقم ۲۱ وما يليه ، وما اشرقا اليه من أحكام .

⁽⁴⁾ اتجه رأى تدم فى فرنسا يكن لصمة شكل الأحكام من ناسية التسبيب أن تذكر به أية أسبب صحيمة أم خاطئة، كافية أم غير كافية استنادا الى المادة ٧ من قانون ٢٠ أبريل ١٨١٠ الى تنص على أن أحكام عاكم الاستئاف الى لاتشتيل على أسباب تكون باطلة والى أن الفانون الفرنسي يحتم على محكمة النفض الا تنفص الحكم الا اذا كانت عناك غافاف صريحة الفانون ولقد رأت عكمة النفض الفرنسية أن الأحمة بالظاهر المنفض لا يحقق مقصود المشرع من التسبيب فاوجبت أن تسبب الإحكام تسبيا صحيحا كافيا والاكانت باطلة . تقضى فرنسي ٢ فبراير ١٨٩٧ (دالوز ٧٠ ١٠ - ١٨٩٨) ، ونقض فرنسي ٢ فبراير ١٨٩١ (دالوز من ١٠ - ١٨٩٨) . ونقض فرنسي من يوليه ١٩٩٠ (دالوز ٥٠ - ١٨٩٨) . ونقض فرنسي ويقض فرنسي ويقض فرنسي ويقض فرنسي ويله ١٩٠٥ (دالوز ١٩٠٠ - ١٩٠١) جلامون ٣ رتم ١٩٥٥ (يقض فرنسي منهاد (سيري ١٩٩٧ (سيري ١٩١٧ (سيري ١٩١٧ (سيري ١٩١٧ (سيري ١٩١٨)

العبارات: ان الدعوى قد أقيمت على أساس صحيح ، أو انها فاسدة ، أو أن دفوع المدعى عليه ظاهرة الفساد أو أن احالة الدعوى على التحقيق فيه مضيعة للوقت وأن المدعى محق فيها يدعيه .

ونقد أيدت محكمة النقض المصرية اتجاه الرأى المتقدم في كل أحكامها ومما قالته ان المشرع لم يقصد الزام المحكمة بتسبيب أحكامها أن يستكمل شكلها باعتبارها من أوراق المرافعات ، فيكتني فها عطلق الأسباب ولو جاءت مهمة تصح لكل حكم أو غامضة أو مجملة لا تقنع المطلع عليها بعدالتها ، وأنما لا يؤتَّى التسبيب تُمرته الا اذا كان كافيا وكفيلا بأن محقَّق الْمُقصود منه ، والااستطاع قاضي الموضوع أن مجهل طريق الردعلي أحكَّامه فيكتني بأسباب مجملة أو غامضة أو ناقصة أو أسباب مخلط فها بن ما يستقل هو بتحقيقه والحكم فيه من جهة الموضوع وبين ما تراقبه فيه محكمة النقض من ناحية القانونُ ، فتكون بذلك الأحكام المسببة خبر تسبيب هي المعرضة لهذه الرقابة دون الأحكام الأخرى غير المسببة (1). وقالت اذا كان لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهمَّ الواقع في الدعوى من الأدلة المقدمة ، وفي وزن هذه الأدلة وتقديرها وترجيح بعضها على بعض . فان خضوعه لرقابة محكمة النقض في تكبيف هذا الفهم محكم القانون وفي تطبيق ما ينبغي من أحكام القانون عم عليه أن يسبب حكمه التسبيب الكافي لتكن عحكمة النقض من أجراً، هذه المراقبة ، فان قصر حكمه عن ذلك فعجزت محكمة النقض عن التقرير بنني المدعى به من مخالفة القانون أو من الخطأ في تطبيقه أو فى تأويله ، نقضت الحكم لحلوه من الأسباب الموضوعية أو لعدم قيامه على أساس قانوني(٢).

وكانت المادة ١٠١/١٠٣ من قانون المرافعات القديم تنص على أن الأحكام إلى تصدر من المحاكم الابتدائية ومن محاكم الاستثناف يلزم أن تكون مشتملة على الأسباب التي بنيت علمها والا كانت لأغية .

⁽١) نقض ١٩ نوفير ١٩٣١ أتحاماه ١٢ ص ٢١٨

⁽٦) نقض ٣٣ مارس ١٩٣٧ المحاماه ١٣ ص ١٠٩٨ ونقض ٣٦ أبريل ١٩٣٤ المحاماة ١٤ ص ٣٦١ ، والاحكام المديدة المتقدمة الذكر في الفقرات السابقة .

وجاءت المادة ٣٤٧ من قانون المرافعات الجديد تنص على أن الأحكام يجب أن تكون مشتملة على الأسباب التى ينيت عليها والاكانت باطلة. واذن مقتضى النص المتقدم يتعين تسبيب جميع الأحكام الصادرة من المحاكم ولوكأنت جزئية.

وجاءت المادة ٣٤٩ ــ بعد أن عددت بيانات الحكم ومن بينها الأدلة الواقعية والحجج القانونية وأسبابه ــ جاءت فى فقرتها الثانية تنص على أن القصور فى أسباب الحكم الواقعية يترتب عليه بطلان الحكم .

ومودى المادة المتقدمة أن القصور في أسباب الحكم القانونية لا يؤدى الى بطلانه ، وهي سهذا تخصص المادة ٣٤٧ المتقدمة الذكر . فمني كانت أسباب الحكم الواقعية صحيحة سليمة ، وكانت النتيجة التي السي الها تتمشى مع نصوص القانون . وكانت القاعدة التي أخذ بها هي التي طبقت على الوقائع الثابتة ، فإن الحكم يكون صحيحا سليا لا مطعن عليه (١١).

وترتيبا على كل ما تقدم ، القصور فى أسباب الحكم الواقعية يؤدى الى بطلانه ، كما اذا أغفلت الحكمة وقائع هامة أو مسختها أو أغفلت الرد على دفاع جوهرى أو مستند هام لم يختلف الحصوم على دلالته وحجيته ، أو رفضت اثبات واقعة جوهرية فى الدعوى ، أو لم تدون طريق ثبوت الأدلة ، أو استخلصت غير ما تشفه تلك الأدلة دون أن تعمل منطقا سليا فى هذا الصدد (٢).

واذاكانت أسباب الحكم الواقعية سليمة صحيحة ، وكانت النتيجة التي انتهى اليها صحيحة قانونا ومتمشية مع الثابت من وقائع الدعوى ، فان الحكم يعد صحيحا ولو لم تذكر فيه القاعدة القانونية التي طبقت بصده، (٢٠). ولا يعيب

⁽۱) حامد فهمي ومحمد حامد قهمي رقم ١٩٩

⁽۲) راجع الفقرة رقم ع٣ وما يليهاً . وراجع الأحكام العديدة المشار اللها في الفهرس المدنى لقضاء محكة النقض ، محمود احمد عمر، رقم ٢١٣ وما يليه تحت عبارة حكم تسييه . (۲) راجع الفقرة رقم ٥٣ وما أشرقا اليه من احكام .

الحكم - في الصورة المتقدمة - قصور أسبابه القانونية كما اذا ذكرت أخطاء قانونية في الأسباب ، أو تناقض بعض الأسباب القانونية مع البعض الآخر مي على أسباب صحيحة كافية، لأن المقصود بالحطأ في القانون ، كسبب للطمن بالنقض ، هو ذلك الحطأ الذي يشوب منطوق الحكم دون أسبابه ، وهو في هذه الحالة أو بعبارة أخرى ، هو الخطأ الذي يبني الحكم عليه ، وهو في هذه الحالة لا يجدى اذ لا مصلحة للمحكوم عليه في تمسكه بالحطأ القانوني الثابت في الأسباب لأن تصحيحها لا يغير وجه الدعوى ولا يؤثر فيا قضت به المحكمة ، ولا تمسك الماكم المحكمة ، ولا تمسك اذا وردت في أسباب الحكم تقديرات لمبادئ قانونية سليمة وعلى المحكس ، اذا وردت في أسباب الحكم تقديرات لمبادئ قانونية سليمة صحيحة فانها لا تؤثر في قصحيح المتطوق اذا كان قد صدر مخالفا القانون ،

واذا كانت أسباب الحكم الواقعية سليمة صحيحة ، وكانت النتيجة الى انهى الله تخالف القانون وغير متمشية معه ، فانه يكون مشوبا نخطأ في تطبيق القانون ، ولا يكون باطلا ، سواء ذكرت أسباب قانونية على وجه الاطلاق ، وذلك لأن المادة ٢/٣٤٩ مقتضاها حيا – كما قدمنا – أن القصور في أسباب الحكم القانونية لا برتب بطلانه ٢٬ – والا فالقول بغير هذا يؤدى الى اعتبار جميع الأحكام المشوبة غطأ في تطبيق القانون باطلة في ذات الوقت ، وهذه نتيجة غير مستساغة (٢٠) وإذا كان هناك قصور في أسباب الحكم الوقعية ، وفي أسبابه القانونية أيضا ، فان الحكم يكون باطلا ، ويكون مشوبا غيطاً في تطبيق القانون اذا أمكن فان الحكم يكون باطلا ، ويكون مشوبا غيطاً في تطبيق القانون اذا أمكن ادراك هذا الحلم بالنقض في الحكم بعدم ادراك هذا العلم بالنقض في الحكم بعدم الماس قانونى ، اذكان لا يقوم في الواقع على غيالفة معينة منضبطة قيامه على أساس قانونى ، اذكان لا يقوم في الواقع على غالفة معينة منضبطة

⁽١) رقم ٨٥ وما أشر نا اليه من أحكام ، وحامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ١٩٩

 ⁽۲) راجع في هذا الموضوع: نقض ۱۲ يونيه ۱۹۵۵ الجبوع ۲ – ۳ – ۱۲۹۱ ونقش
 ۲۰ مايو ۱۹۵۰ المجموع ۲ – ۳ و ۲ و رنقض ۳ آريل ۱۹۵۲ المجموع ۳ – ۳ – ۸۹۲

⁽٣) وتؤدى الى اجازة استثناف جميع الأحكام الانتهائية المشوبة بخطأ في تطبيق القانون - بصفة استثنائية وعملا بالمادة ٩٩٦ – بمقولة انها باطلة .

يمكن ادراك وقوعها والطم بها من الحكم نفسه وبناء النقض على أساسها ، بل يقوم على احيال وقوعها وعجز محكمة النقض عن ضبطها (نتيجة قصور في أسباب الحكم الواقعية) والقول بوقوعها على جهة اليقين ، فهذا الطعن ، وهذا هو جوهره ، لا يمكن ادراجه تحت حالة الطعن بمخالفة القانون ، بل الاشكل به ادخاله تحت حالة الطعن ببطلان الحكم لعدم اشياله على الأسباب الكافية التي يكون قد بني عليها⁽¹⁾. واذن اذا عجزت محكمة النقض عن التقرير بنني ما ادعى به من مخالفة القانون أو الحطأ في تطبيقه أو في تأويله فان الحكم يكون باطلا لقصور أسبابه الواقعية (1).

٣٦ أهمية التفرقة بين الحكم الباطل والحمكم المشوب بخطأً
 ف تطبيق القانون:

خلو الحكم من الأسباب هو ولا شك عيب شكلي يؤدى الى بطلانه عملا بالمادة ٣٤٧ ، وكذلك الحال اذا كان التسبيب مشوها أو غامضا أو ناقصا أو مهما أو مهائرة أو خاطئا على التفصيل المتقدم . أما الخطأ في تطبيق القانون فهو عيب في صميم موضوع الحكم .

وتبدو أهمية التفرقة بن بطلان الحكم وخطئه فى تطبيق القانون من ناحية طرق الطعن الجائزة بالنسبة الى كل منهما ، ومن ناحية حق محكمة النقض فى التصدى لموضوع الحكم عند نقضه . فالمادة ٣٩٦ تجز ــ على سبيل الاستثناء

⁽۱) حامد فهمى وعميد حامد فهمى رثم ١٩٩ ، وقيل أن الضرورة مى الى ألجأت محكة التقض الى اصطناع هذا النوع من التميير (عدم قيام الحمكم مل أساس قانونى) لتصل الى رقابتها على تسبيب الاحكام تسبيا وافيا وإبطال الأحكام المسببة تسبيا فاقصا نخلا بمقصود المشرع من إيجاب تسبيها على الوجه المرضى .

⁽٣) راجع الاسكام الديمة المشار اليا في الفهرس المدفى - الاستأدّ محمود احد عمر رقم ٢٠٠ وما يليه - تحت عبارة حكم - تسبيبه . وراجع الاحكام المتعددة التي تقدمت الاشارة اليا في المقرات السابقة ورقم ؛ وما يليه . وفضى باخبار الحكم في الحالة المذكورة في المثن تابلا المنفض لعلم على اساس قانوفي صبح أو بالحلا خلوه من الاسباب ، يغير و جبح بين الأمرين - نقض ٣٧ مارس ١٩٣٣ الماماة ٣٧ ص ١٩٠٨ ، واتجم القضاء بعدال المعبار الحكم في الحالة المذكورة في المثن خالية من الأسباب . واستقر القضاء والفقة في بلجيكا على منا الإسباب . واستقر القضاء والفقة في بلجيكا . Samona: Dee powrvole on consustoin on mastiere civile (1933) p. .

استثناف الأحكام الاتبائية الصادرة من المحكمة الجزئية أو الابتدائية اذا كانت باطلة أو مبنية على اجراء باطل ، ولم تجزه اذا بنى الحكم على غالفة أخرى الفائون . والمادة و١٩٥ مكروا (مضافة بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢) تجز على سبيل الاستثناء الطمن بالنقض فى الأحكام الصادرة من الحكمة الابتدائية فى قضايا استثناف أحكام الحاكم الجزئية اذا كانت مبنية على مخالفة الفانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله فى دعاوى الحيازة والأحكام الصادرة فى مسائل الاختصاص ، ولم تجزه مجرد صدور هذه الأحكام باطلة أو مبنية على اجراءات باطلة .

والمادة ٤٤٥ تجبر لحكمة النقض اذا قضت بنقض الحكم المطمون فيه لخالفته القانون أو لحطاً في تطبيقه أو تأويله ، وكان الموضوع صالحا للحكم فيه أن تستبقيه لتحكم فيه بأن تطبيق القانون على الوقائم الثابتة فى الحكم المطمون فيه ، ولم تجز ذلك فى حالة صدور الحكم باطلا ، أو صدوره مبنيا على اجراء باطل ، ولا تتصور اجازته لأن الدعوى تكون غير صالحة الفصل فيها بسبب الحكم المشوب بالعيب الجوهرى الذى أبطله أو بسبب الاجراء الباطل الذى بى عليه الحكم والمؤثر فيه . والمادة ١٨٨ توجب على قاضى الأمور الوقنية – وهو بسييل اصدار الأمر بتنفيذ حكم الحكم – التحقق من صحة شكل الحكم دون أن يتعدى ذلك الى التحقق من سلامته من حيث الموضوع .

٧٧ — الحكم الصحيح من ناحية الشكل يكون قابلا للالفاء اذا بنى على اجراء باطل — شروط ذلك :

قد يصدر الحكم صحيحا من حيث الشكل وعلى حق من حيث الموضوع ، ومع ذلك يكون قابلا للالفاء اذا بني على اجراء باطل .

ويشترط لاعمال القاعدة المتقدمة :

١ ــ أن يتخذ في الدعوى اجراء باطل.

 لا يكون الحصم صاحب المصلحة في التمسك ببطلانه قد أسقط حقه فيه .

٣ _ والا تكون المحكمة قد قضت بصحة الاجراء.

- ٤ وان يبنى الحكم على ذات الاجراء الباطل .
- أن يكون الطاعن هو ذات الحصم الذي مسه الاجراء الباطل.

ت يتمسك الطاعن بالبطلان قبل تعرضه الموضوع ، اللهم الا اذا
 كان البطلان من النظام العام .

١ ـ أن يتخذ في الدعوى اجراء باطل :

ويستوى أن يكون هذا الاجراء الباطل الذى بنى عليه الحكم اجراء افتتحت به الحصومة التى انتهت به ، أو اجراء يتعلق بسيرها أو اثباتها ، وقد يكون هذا الاجراء هو حكم باطل أو حكم بنى على اجراء باطل .

ويسنوى أن يكون البطلان المتقدم مقررا بنص فى التشريع بلفظه أو دلالة ، أو مقررا لأن عبباً جوهريا قد شاب الاجراء ترتب عليه ضرر للخصم ، عملا بنص المادة ٢٥ من قانون المرافعات .

ويستوى أن يكون البطلان المتقدم متعلقا بالنظام العام أم غير متعلق به ، أو أنه يسقط التمسك به بالحضور أو بالتكلم فى الموضوع ، أو أن التمسك به يتم على صورة دفع شكلي أم بطلب على صورة دفع شكلى ، كما هو الحال عند التمسك بسقوط الخصومة عملا بالمادة ٢٠٠١ من قانون المرافعات .

٧- الا يكون الحصم صاحب المصلحة في التمسك بالبطلان قد أسقط حقه فيه :

فاذا كانت صحيفة افتتاح الدعوى باطلة ، وحضر المدعى عليه بناء علمها ، تما يترتب عليه زوال البطلان عملا بالمادة ١٤٠ ، أو تكلم فى الموضوع ثما أسقط حقه فى التمسك بالبطلان عملا بالمادة ١٤١ ، فان البطلان يزول فى الحالتين ، ويعد الحكم الصادر فى موضوعها قائما على اجراء صحيح .

واذا وقف السبر فى الحصومة مدة سنة أو أكثر ، وعجلها المدعى بعدثًد ولم يتمسك خصمه بسقوط الحصومة عملا بالمادة ٣٠١ ، وفى الوقت المتاسب اعمالا للمادة ٢٦ ، وأجاب عليها بما يعتبرها صحيحة فى اجراءاتها فان الحكم الصادر فيها يعد قائمًا على اجراءات صحيحة . واذا كان تقرير خبير الدعوى باطلا لسبب ما ، ولم يتمسك الخصم جذا البطلان فى الوقت المناسب ، وناقش التقرير من نواحيه الموضوعية فان بطلانه يزول والحكم الذى يبنى عليه معد قائمًا على اجراء صحيح .

واذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة ، ومع ذلك استأنفت المحكمة سير الدعوى لجهلها بقيام سبب الانقطاع ، وسارت اجراءاتها فى غفلة من ذلك الذى قام به السبب ، ثم تنبه من يقوم مقامه بقيام الحصومة فحضر الجلسات، ولم يتمسك ببطلان الاجراءات التى اتخذت أثناء فترة الانقطاع بل أجاب عليها عا يفيد اعتبارها صحيحة ، فان البطلان يزول وتصير الاجراءات صحيحة يجوز أن يبيى الحكم فى الموضوع عليها .

٣ _ ألا تكون المحكة قد قضت بصحة الاجراء :

اذا تمسك الخصم صاحب المصلحة ببطلان الاجراء فى الوقت المناسب ، فقضت المحكمة بصحة ، وبنت حكمها فى الموضوع على ذلك القضاء بصحة الاجراء ، فلا يتصور أن يعد الحكم فى الموضوع مبنيا على اجراء باطل ولو كان البطلان من النظام العام ، بل ولو كان الاجراء يعد باطلا فى واقع الأمر ، وذلك لأن الحكم الصادر فى الموضوع يعد مبنيا على الحكم الصادر بصحة الاجراء ، ولا يعد بداهة مبنيا على الاجراء الباطل .

وفى حالة صدور الحكم بصحة اجراء هو فى واقع الأمر باطل تكون المحكمة قد أخطأت فى تطبيق القانون، فاذا بنت الحكم فى الموضوع على الأول، جاز الطعن بالنقض فى الحكم بصحة الاجراء بسبب الحطأ فى تطبيق القانون (اذا توافرت شروط الطعن)، ويتمسك بالفاء الحكم الصادر فى الدعوى نتيجة الفاء الحكم الأول متى كان مؤسسا عليه، هذا ولو لم توجه اليه مطاعن (م ١/٤٤٧).

وعلة ما تقدم أن المشرع اذا ما أجاز الطعن في حكم لبناته على اجراء باطل فائما يجيزه لبناء الحكم على اجراء باطل فائما يجيزه لبناء الحكم الصادر بصحة الاجراء. وبعبارة أخرى ، لا يجيز المشرع الطعن لأن المحكمة قد أخطأت في القضاء بصحة الاجراء ، والا حورت القاعدة الى ما يفيد انها تجيز الطعن استثناء في الحكم الصادر برفض الدفع بالبطلان ، وهذا ما لم يدر تحلد الشارع

لان مقصوده أن بجيز الطعن في الحكم المبنى على الاجراء الباطل الذي لم يتمكن الحصم من التمسك بالمطلان في الوقت المناسب ، ولم تتح له فرصة التمسك به ، وذلك رعاية وجاية له خاصة ، كما اذا قام سبب لانقطاع الحصومة ، ومع ذلك استأنف الحصم الذى لم يقم به سبب الانقطاع سير الدعوى واستصاد الحكم في غفلة من خصمه ، وكما اذا سمت الحكمة أحد الحصوم أو اطلعت على أوراق قدمها في غفلة من خصمه (م ٣٤٠) .

وفى الواقع ما يفرق الطعن فى الحكم نحالفته القانون عن الطعن فيه لبنائه على اجراء باطل هو ما تقدم ، والا اختلط الأمر واعتبر الطعان طعنا واحدا ، والسببان سببا واحدا ، وهذا أيضا لا يقصده المشرع ولا يبتغيه لأنه قد اشتق من الحطأ فى القانون كسبب عام للطعن بالنقض اشتق منه سببا آخر متميزا عنه هو بطلان الإجراء المؤثر فى الحكم . وبعبارة أوضع ، اذا تمسك خصم بطلان اجراء وقضت المحكمة بصحة الإجراء أو بطلانه ، وطعن المتمسك بالبطلان أو خصمه (محسب الأحوال) فى الحكم المتقدم ، فلا يتصور أن يؤسس الطمن فى الحالتين الا على الحطأ فى تطبيق القانون أو فى تأويله . والحكم فى الدعوى الصادر بكون مبنيا على القضاء برفض البطلان ، وليس مبنيا على الاجراء الباطل كا قلمنا (١١) .

ولقد قبل بعكس ما تقدم ، وبأن الحكم في الدعوى الصادر مبنيا على حكم رفض البطلان يكون قائما على اجراء باطل اذا أخطأت المحكمة عند رفضها الدفع بالبطلان . وقبل لتدرير ذلك أن المادة ١٠ من قانون انشاء عكمة النقض رم ٤٧٥ م مضافا بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٧) لا تجيز الطمن بالنقض في أحكام المحاكم الابتدائية الصادرة في قضايا استئناف أحكام المحارة وفي مسائل الاختصاص المتعلق بالوظيفة أولنوعي الا اذا كانت تلك الأحكام المطعون فيا مبنية على عالمة للقانون أو خطأ في تطبية أو مبنية على عالمة للقانون الوخطة على المحراء على المراحراء على المراحراء المراحراء المراحدا في تطبيقه أو في تأويله ، ولا تجزء اذاكانت باطلة أو مبنية على المجراء

⁽۱) قارن حامد فهمی و محمد حامد فهمی رقم ۲۰۰

فى فرنساً ، جميع الاحكام التي يجوز الطن فيها بالتقفى لهالفة القافون هي بعينها يجوز الطن فيها بالنقض بسبب بطلان الإجراءات القائمة عليها تلك الاحكام ، و لا تختلف الاجراءات فى الحالتين ، اذ يتمين على الحكة إحالة الدعوى ال يحكمة موضوع أخرى لتفصل فيها من جديد ، و لا تمك يحكمة التقفى التصدى له . و من ثم ثم يبحث فى فرنسا الموضوع المذكور فى المنّ

باطل وعلة هذا أن المشرع لم يعن بغير الاشراف على تطبيق القواعد القانونية الخاصة بدعاوى الحيازة وقواعد الاختصاص ذاتها توحيدا القضاء فها ، وأما ما يقع في هذه القضايا من أسباب البطلان في الاجراءات أو في الحكم ذاته فانه مما يعرض امثاله لأحكام عاكم الاستثناف ويصل أمره لمحكة النقض فقضع فيه هذه المحكمة العليا القواعد الصحيحة التي تهندى بها حميع المحاكم على اختلاف درجاتها في حميع المحايا على اختلاف أنواعها .

كذلك لا يجز المشرع تصدى محكمة النقض لموضوع الدعوى والحكم فها الا اذا كان سبب النقض هو الحطأ في تطبيق القانون ، لأن الحكم في الموضوع يقتضى تطبيق القانون على الوقائع الثابتة في الحكم المطمون فيه ، ولا يتصور امكان هذا التطبيق اذاكان الحكم مشوبا بعيب جوهرى أو كانت اجراءات تحقيق الدعوى السابقة لصدوره باطلة بطلانا مؤثرا فيه .

ولا شك فى أن انجاه الرأى المتقدم عمل نظر لأنه مصادرة على المطلوب وأخذ بنتيجة التفرقة لبناء ذات التفرقة(١٠).

ولا مجوز عند تحديد ضابط قانونى أو رأى فقهى أن يتقيد الباحث ويكيف القاعدة لتتمشى نتيجها مع نص قانونى معن ، لأن مواد القانون على تغيير وتبديل محسب الاعتبارات العملية التي تبررها . أما القواعد القانونية السليمة فانها ثابتة لا تختل أياكانت الاعتبارات .

وليس أدل على ما تقدم من أن المشرع في سنة ١٩٤٩ ألغي حكم المادة العاشرة من قانون انشاء محكمة النقض . وأجاز الطمن بالنقض في حميع الأحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية (م ٤٤٥) : ثم عاد الى حكمها من جديد يمقضى القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٧ م ٤٤٥ .

ثم ان من يتجه الى الرأى المتقدم لا بجر الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة فى صميم مسائل الحيازة ومسائل الآختصاص فحسب . بل بجز أيضا فى الأحكام الصادرة فى المسائل المتفرعة عن القضية . كتلك التى تصدر فى الله بعدم القبول أياكان نوعه أو فى النسك بسقوط الحصومة عملا بالمادة وما يلها ... الح . وهذه المسائل هى الأخرى مما تفصل فى أمثالها أحكام عاكم الاستثناف ويصل أمرها الى عكمة النقض (٣٠).

⁽١)(١) حامد فهمي وقارن محمد حامه فهمي رقم ٢٠٥ ثم رقم ٣٢٧

واذن لا يتستى هذا القول مع ما تقدم عليه ، وبعبارة أخرى ، هذا القول الأخير سليم توثيده محكمة النقض^(۱۱) ، أما القول الآخر فهو محل نظر .

ومن ناحية أخرى ، لا بجير المشرع لمحكمة النقض التصدى لموضوع الدعوى الا اذا كان صالحا الفصل فيه (م 820) . ومعنى هذا أن المشرع يفترض مقدما فى الأحوال التى ينقض فيها الحكم لمخالفته للقانون ألا تكون الدعوى فى بعضها صالحة للفصل فها .

خلاصة القول اذن أنه يشترط للطعن فى الحكم المبنى على اجراء باطل ألا تكون المحكمة المطون فى حكمها قد قضت بصحة الاجراء ثم أقامت حكمها على هذا القضاء . والا فان مقصود المشرع يلتوى . وتحور القاعدة الى ما يفيد أنها تجيز الطعن استثناء فى الحكم الصادر برفض الدفع بالبطلان ، وهذا ما لم يدر مخلد الشارع على ما قدمناه .

٤ ــ أن يبني الحكم المطعون فيه على ذات الاجراء الباطل ــ أمثلة :

ليس يكفى لالغاء الحكم الصادر فى الدعوى أن يتخذ فيها اجراء باطل ، وانما يتمين أن يننى الحكم فى الدعوى عليه . ومن ثم اذا كان تقرير الحبير باطلا فان الحكم الصادر فى الدعوى يعد صحيحا طالما انه لم يستند عليه ، واذا كانت صحيفة الطلب العارض باطلة فان الحكم الصادر فيه هو وحده الذي يكون قابلا للالفاء دون الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية .

وقد يكون الاجراء الباطل الذى بنى عليه الحكم اجراء افتتحت به الحصومة التى انتهت به ، أو اجراء يتعلق بسيرها أو اثباتها ، أو قد يكون هذا الاجراء هو حكم باطل أو حكم بنى على اجراء باطل .

واذا قضت المحكمة بصحة اجراء وكان ذات حكمها هذا باطلا أو كان مبنيا على اجراء باطل ـ فان حكمها فى الدعوى يكون قابلا للالغاء، فى الحالتين، متى بنى على الاجراء الباطل (وهو الحكم الباطل أو الحكم المبنى

 ⁽۱) نقض ۲ یونیه ۱۹۳۳ انحامات ۱۳ ص ۱۵۷ ونقض ۷ نبر ایر ۱۹۳۵ انحامات ۱۹
 س ۲۵۲

على اجراء باطل (1). فئلا اذا تمسك الحصم ببطلان صحيفة الدعوى (في حالة من الأحوال التي لا زول فها البطلان عضوره) أو اذا تمسك ببطلان أى اجراء من اجراءاتها ، وقضت المحكمة في الموضوع دون التعرض للدفع ولم تشر في أسباب حكمها الى ما يؤيد القضاء الضمني برفض الدفع بالبطلان ، فأن حكمها الضمني بصحة الاجراء يكون باطلا لأنه قد خلا من الأسباب التي تؤيده (7)، وهذا يستتبع بطلان الحكم في الموضوع لأنه قد بي عليه .

واذا لم يتمسك خصم ببطلان اجراء قبل صدور حكم فى الدعوى بمى عليه ، وكان البطلان من النظام العام ، فان المحكمة تكون قد بنت حكمها على اجراء باطل ، لأن هذا البطلان لا زول بنزول الحصم عنه أو بعدم التمسك به ، ولأن المحكمة علمها أن تقضى به من تلقاء نفسها ، واذن يكون حكمها قابلا للطمن لبناته على اجراء باطل .

واذا قضت المحكمة ببطلان اجراء معين ، ومع ذلك بنت حكمها فى الدعوى عليه ، فان هذا الحكم يعد قد صدر بناء على اجراء باطل(٢٠) .

أن يكون الطاعن هو ذات الحصم الذي مسه الاجراء الباطل:

واضح أن الطاعن يتمن أن يكون هو ذات الحصم الذى مسه البطلان ، ذلك لأن علة الطعن هى فى الواقع تمكينه من التمسك ببطلان الاجراء حتى مهدر جميع الاحكام التى بنيت عليه . فثلا اذا توفى المدعى عليه أثناء نظر الدعوى ، ومع ذلك استمر خصمه بوالى اجراءام فى غفلة من الورثة فان لمولاء وحدهم التمسك بالفاء الحكم الصادر عليهم لبنائه على اجراءات باطلة ، ولا علك المدعى الذى لم يقم به سبب الانقطاع – فى المثال المتقدم – أن يتحدى بالبطلان المتقدم ليصل الى الغاء حكم صدر عليه .

⁽١) تنص المادة ١/٤٤٧ عل أنه يترتب عل فقض الحكم الغاء جميع الأحكام والأعمال اللاحقة المحكم المنشوض من كان ذلك الحكم أساسا لها .

⁽٢) أو تنست الحكمة بصحة الاجراء وانما حكمها بصحته بنى على اجراء باطل – كما اذا أخلت عند اصداره بحقوق المصوم أو الدفاع – ذان حكمها فى الموضوع بعد مبنيا على اجراءات باطلة .

⁽۳) انظر رقم ۲۲

أما اذا كان بطلان الاجراء من النظام العلم ، فانه مجوز لكل خصم فى الدعوى التمسك بالفاء الحكم الصادر مبنيا عليه ، ذلك لأن هذا البطلان مقرر لمصلحة الكافة .

والحكم المبنى على اجراء باطل يكون قابلا للطمن بالنقض اذاكان صادرا من محكمة الاستثناف (م 870) معدلة بالمرسوم بقانون رقم 800 لسنة 1907، ويكون قابلا للاستثناف استثناء^(۱) ولوكان صادرا بصفةاتهائية (^{۲)} من المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية (م 897 معدلة بالقانون رقم 187٧ لسنة 1907)^(۲).

 آن يتمسك الطاعن بالبطلان قبل تعرضه للموضوع اللهم الا اذا كان البطلان من النظام العام :

فاذا استأنف المحكوم عليه الحكم ، استثناء ، وعملا بالمادة ٣٩٦ ، وتعرض فى الصحيفة للموضوع دون أن يتمسك بالبطلان — الذى هوالشرط الأساسى للاستثناف المتقدم — فانه لا يقبل ، لأن شرط قبوله عملا بالمادة ٣٩٦ أن يكون الحكم باطلا أو مبنيا على اجراء باطل ، والمستأنف قد أسقط حقه فى التمسك بهذا البطلان — عملا بالمادة ٣٦ — إذ لم يتعرض له فى جحيفة الطعن وتعرض لموضوع الدعوى . ومن تم بعد الحكم أو الاجراء صحيحا ، ومتى أعتبر كذلك فان الحكم يكون غير قابل للطعن ، اذ المفروض أنه قد صدر فى حدود النصاب الانتهائي للمحكمة .

⁽١) كتاب نظرية الدفوع – الطبعة الثانية رقم ٣٢٠ وما يليه .

⁽۲) سواء بسبب قيمة الدعوى أم بسبب نوعها ، وسواء بناء على نص عام ن قانون المرافعات أو نص خاص فيه أو في أي قانون آخر ، اذ المقروض أن حكم المادة ٩٩٦ استثناء من الأصل العام ، ويصل به كلما كان الاستثناف في الأصل غير مقبول لسبب يتعلق بنوع القضية أوقيسها ، اللهم الا اذا منع المشرع العلن بلقظه كا هو الحال بالنسة لقانون المساكن وقم ١٩٢١ لسنة ١٩٤٧.

⁽٣) يراجع كتاب الدفوع - الطبعة الثانية - رتم ٣٣٠ ورثم ٣٣٠ و ورثم ٣٣٠ و ورثم ٣٣٠ و (أ) في تفسير المادة المتفدة وفي تحديد مايقبل الاستثناف من الاحكام عملا مقتضاها ، عاصة فيها يتعلق باحكام الهاكم الابتدائية الالتهائية .

۱۵ م. اذا لم يتوافر شرط من الشروط المتقدمة كان العلمن لبطلان الحكم أو لبنائه على اجراء باطل غير مقبول، وكان على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها :

القاعدة أن الطعن فى الحكم بسبب يطلانه أو بسبب قيامه على اجراء باطل لا يقبل اذا لم تتوافر الشروط المتقدمة ، سواء أكان هذا الطعن بطريق التقفى أم يطريق محكمة الطعن مكلفة من تلقاء نفسها بالتحقق من توافر شروط الطعن باعتباره حالة استنتائيه وأن المشرع ما أجاز التظلم من الحكم بطريق طعن عادى أو غير عادى الا على سبيل الاستثناء (1).

والجدير بالذكر أن المحكمة الاستثنافية لايطرح عليها موضوع الاستناف عملا بالمادة ٣٩٦ الا اذا استبانت أولا أن الحكم المستأنف باطل أو مبنى على اجراء باطل مهندية بالضوابط المتقدمة .

خاتمة ؛

وبعد ، اذاكان تسبيب الأحكام يتطلب من القضاة جهداكبرا ، فضلا عما يستنفده من وقت ، واذاكان قد انجه رأى برى الى تحررهم من تلك المهمة الشاقة اكتفاء بابراد وجهة النظر بابجاز دون حاجة الى سردكل ما تعلق بواقع الدعوى ، فاننا مع هذا نؤكد أن مهمة تسبيب الأحكام يتمن أن تم على وجهها الآكل ، لأن هذا التسبيب هو مظهر قيام القاضى بعمله ، وبه وحده يسلم من مظنه التحكم والاستبداد ، وبرتفع عنه الشك والربيب والشهات ، فضلا عن أنه بمكن محكمة النقض من الاشراف على صحة تطبيق القانون وتقر بر المبادئ القانونية الصحيحة وتثبيت القضاء بصددها . فيجب اذن أن تكون أسباب الحكم صورة لما اختلج في نفس القاضى عند اصداره تفصح في ذاتها عن سبب النطق به ، وذلك حتى يصدر الحكم ناطقا بعدالته ومواقعته المقانون .

واذا كان قضاتنا قد أرهقهم الجهد لكثرة القضايا المطروحة عليهم ، فن الواجب أن يكون العلاج هو العمل على زيادة عددهم ، ومن الحطر معالجة الأمر يتيسير جهدهم عند الحكم ، اذ أن هذا يمس فن القضاء ، ويمس العدالة فى الصمم ومهدرها .

⁽١) رأجع دراسة تفصيلية لهذه القاعدة في كتاب نظرية الأحكام رقم ٥٥٥

نظام الاموال بين الزوجين

فى صلته ببعض نواحى نظريتى الحق الشخصى والحق العينى

للائستاذ الدكتور حسن بغدادى

العميد السابق لكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية والمنتدب للتعديس بقسم الدكتوراه بما

اذا كان توحيد القضاء قد تم بالغاء المحاكم الشرعية ومحاكم ال**طوائف** غير الاسلامية فلمثل هذا التوحيد أثر محقق بالنسبة الى وحدة التشريع بوجه عام ووحدة القانون المدنى بوجه خاص ، فتوحيد القضاء هو السبيل العملى الى توحيد القانون . ولن يحول دون هذا التوحيد حائل من عقيدة أو تقليد .

ففى نطاق العقائد لا يصح فى النظر أن تدمغ مصر بالتفريط حيث تم لدول أوربا النى كانت وما زالت معقلا للديانات غير الاسلامية توحيد التشريع واعتباره رباطا جامعا للروابط القومية لايقل أثراً عن وحدة الثقافة فىتشخيص قومية الدولة وشخصيتها .

وفى نطاق التقاليد لم يكن للتشريع الاسلامي الذي كان موطنا للقواعد العامة فى مسائل الأحوال الشخصية طابع ديني بل أن هذا التشريع كان يعتبر تشريعا للدولة وان كان قد نما و تطور فى اطار من المبادئ الحلقية المستمدة من الدين فى بعض نواحيه لا فى كل هذه النواحي ، ولذلك قضت المحاكم المختلطة قديما بأن مريان أحكام انشريعة الاسلامية مثلا على غير المسلمين فى المواريث أو سريان الشريعة الاسلامية مثلا علمهم فى الزواج عند اختلاف الدين أمر مقرر فى التقاليد باعتبار أن هذه وتلك ليست من الأحكام الدينية . بل أن تقاليد الحضارة الحديثة التي تسربت الى مصر واستقرت فها منذ أن بلأ الاصلاح القضائي تنجه اتجاها واضحا الى المباعدة بن القانون والدين .

ولذلك تكون وحدة التشريع قد خرجت عمليا الى حيز التنفيذ وستم هذه الوحدة ان عاجلا أو آجلا دون أن يكون للنقد أو تعصب القدماء أى أثر اللهم الا تعويق هذا التطور الطبيعي تعويقا لن يطول أمده على وجه التحقيق. ويدسي أن توحيدالقضاء ، وتوحيدالتشريع كتيجة لوحدة القضاء ، سيكون من شأنه اعادة النظر في مضمون القانون المدنى المصرى وفي تبويبه ، هذا الفانون المدنى قد أصبح بحكم عاملين طارئين عنوانا لا يعمر تعبيرا صحيحا عن الحقيقة ، ذلك أن التقنين المدنى المحديد قد صدر سنة ١٩٤٨ خلوا من كل ما يتصل عالة الاشخاص وأهليهم ونظام المواريث والوصايا فيا عدا بعض أحكام جزئية انتشرت في اعطافه دون أن تفرد لها فصول خاصة على غرار ما هو حادث في التقنينات الأجنيية .

وقد حدث منذ اصدار هذا التقنين أن ألفيت المحاكم الحسبية ونقلت ولايتها الى المحاكم الوطنية ، وقد صدر فى الوقت نفسه تشريع موضوعى جامع تضمن تقنينا كاملا للقواعد المتعلقة بأهلية الأشخاص وبالوصاية والقوامة والحجر بوجه عام ، بل وصدر تشريع آخر فى شأن تنظيم الولاية على النفس . وما من شك أن هذين التشريعين ينبغى أن محلا محلهما من أحكام التغنين المدنى المجديد ، وأن يفتح لهما حيزا بين دفتيه .

ثم أنه على أثر توحيد القضاء لابد أن يتبى الأمر الى تفنن حائر لقواعد الأحرق السخصية وبوجه خاص ما يتعلق بالزواج وروابط الأسرة . فاذا أضيف الى ذلك أن هناك تشريعن عامين فى مسائل المواريث والوصايا كان الواجب أن يتجه التفكير جديا الى الحاق أحكام هذين التشريعين وأحكام ما يصدر من تشريعات في شأن الزواج وروابط الأسرة بالتقنين الملنى نفسه . ولن يستغرق الأمر جهدا كبيرا ففي الوسع أن يعاد النظر في التشريعات التي تقدم ذكرها لأحكام التنسيق بينها وبين قواعد التقنين الملنى على يتسى أن يفرغ لها جزء خاص فيه .

ومهما يكن من أمر فسيمكن استكال أحكام القانون المدنى من حيث الشكل ، فمن الواضح أن قواعد الأحوال الشخصية سواء أكانت مستقاة من الفقه الاسلامى أم من أى مصدر آخر تعتبر جزءا لا يتجزأ من أحكام القانون المدنى ، ومن الواجب أن تكون دراسة تلك الأحكام _ أى أحكام الأحوال الشخصية _ داخلة فى نطاق دراسة القانون المدنى حتى تخضع لأساليب الدراسة الحديثة وحتى تتكشف نواحى الاتصال بينها وبين أحكام

الماملات بصورة أوضح وأجدى على الفقه . ولعل هذا الأسلوب أجراه نفعا وأكثر فائدة لمستقبل الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي نفسه ، فقد آن الأوان لأن تم دراسة هذا الفقه على أسس حديثة تمكم الصلة بينها وبين التطور الحديث على نحو مكن المباحثين من المكشف عن مكانة الفقه الاسلامي الحقيقية في نطاق التشريع المقارن ، وهي مكانة رفيعة ينبغي أن تكون محلا لعناية خاصة ، وممكن بذلك التهيد للتطور بأحكام الشريعة الاسلامية تطورا مرد الها حياتها الشرعية وتستمد منزلتها من استجابتها لحاجات الماضي بقدر استجابتها لحاجات الحاضر والمستقبل .

ولذلك قد يكون من المناسب أن تنجه دراسات القانون المدنى في نطاق التخصص الى بعض نظم الأحوال الشخصية التى قد تعين في توجيه التشريع المصرى في المرحلة الراهنة وتعين على كشف الصلة بوجه خاص بين روابط الأحوال الشخصية ونظريتى الحق العينى والحق الشخصية مي وقد يكون من المناسب كذلك أن نبدأ بنظم الأحوال الشخصية المتصلة بالمال وأن نبدأ بوجه خاص بدراسة النظام المالى بين الزوجين دراسة تتحدد حدودها في نواح ثلاث:

(أولا) في ناحية أولى يعتبر تنظيم الروابط المالية بين الروجين من المسائل الاجماعية التي تنار في الوقت الحاضر في صورة ضمينية دون أن تعرض على الرأى العام عرضا صرعا واضحا يكفل مواجهة المشاكل التي يمر سا نظام الزواج في مصر وتعانى منها الروابط المالية بين الروجين . فما ترال مشكلة الادارة المالية بين الروجين في مصر مشكلة غير مستقرة . وما ترال هذه المشكلة مثار قلق اجتماعي يتبدى للنفوس وتنعكس آثاره في الجماعة دون أن يصور تصور را واضحا مستقرا . ربماكان التطور الذي طرأ على مركز المرأة المصرية في الوقت الحاضر هو الباعث الحقيقي لوجود المشاكل التي تقدم ذكرها ، في الموت الحاضر هو الباعث الحقيقي لوجود المشاكل التي تقدم ذكرها ، فقد بدأت المرأة تدخل ميدان الحياة العملية ، وبدأت تنكسب من عملها ، وبدأت تنفذ استقلالها المالى الذي كلفته أحكام الشريعة الاسلامية . وقد اقترنت بهذه الظاهرة ظواهر أخرى تكشفت عن اخفاق كثير من الربحات من جراء اغفال تنظيم الروابط المالية بين الروجين . كما أن مستقبل المرأة لم يعد مكفولا

مع اباحة حق الطلاق على نحو لا يؤهلها لأن تطمئن الم حسن استمال هذا الحق وتفادى معقباته . ولذلك ينبغى أن يكون النظر في نظم الأموال الزوجية في التشريع المقارن سييلا الى تدبير حلول نواجه بها طائفة جسيمة من المشاكل سوف يزداد عددها فيا بعد . ويراعى أن الدراسة المقارنة لا يقصد منها الى نقل النظم الفربية كما هى بل يقصد منها الى انشاء نظام يتلاءم مع البيئة المصرية وطبيعة الروابط الزوجية فها .

(ثانياً) ومن ناحية ثانية يلاحظ أن دراسة نظم الأموال الزوجية تعتمر في ذاتها مقصدا له كبان خاص بسبب وجود جاليات أجنبية في مصر متعددة وبسبب تعدد الأقضية والمنازعات الحاصة مهذه الجاليات ، ولذلك طرحت على المحاكم المصرية دعاوى متعددة متعلقة بنظم الأموال بين الأزواج الأجانب وطلب الى القضاء المصرى تطبيق القوانين الأجنبية في شأمها ، وما من شك في أن الالمام عثل هذه النظم ييسر للقاضى سبيل الفصل في الحصومات وهوبعد يفتح لكل مشتغل بالقانون آفاةا جديدة من التقافة .

(ألثا) ويلاحظ من ناحية ثالثة أن الفقه المصرى كان يعنى بدراسة نظريتي الحق الهيني والحق الشخصي بمعزل عن دراسة نظم الأحوال الشخصية نظريتي الحق الشيخ الشخصية وبوجه خاص نظام الأموال بين الزوجين وبين نظريتي الحق السيني والحق الشخصي . ولذلك ينبغي في نطاق التخصص الألمام بنظام الأموال الزوجية لانارة السبيل الى فهم بعض جوانب نظريتي الحق الشخصي فهما صحيحا .

[وفى نطاق هذه النواحي الثلاث تتمثل الأهمية العلمية لدراستنا].

نظم الاموال بين الزوجين

يقصد بنظام الأموال بن الزوجين مجموعة القواعد القانونية التي تتناول المصالح المالية بن الزوجين أثناء قيام الحياة الزوجية . فمن الواضح أن الزواج لا ينشئ ارتباطا بين مصالح الزوجين في نطاق روابط الأسرة فحسب، وانما هو يفشئ ارتباطا آخر يتصل بمصالح الزوجين المالية الصرفة . فلك أن المشرة الزوجية تستتبع اختلاطا في هذه المصالح ، وهذا الاختلاط يتفاوت مداه بتفاوت التشريعات وتفاوت نظم أموال الزوجية في كل تشريع من هذه التشريعات .

ومن الحطأ أن نعتبر أن انفصال أموال الزوجين كما هو معروف في الشريمة الاسلامية ينفي كل تداخل بين هذه المصالح ، فمن المعلوم مثلا أن ثمة قران تستخلص مها ملكية أحد الزوجين لمال معين ، ومن المعلوم أن القضاء قد ذهب في بعض أحكامه الى عدم سريان التقادم بين الزوجين باعتبار أن رابطة الزوجية تعتبر من الموانع الأدبية ، ثم أن القانون الملني الجديد ــ شأنه شأن الشريعة الاسلامية ــ يعتبر رباط الزوجية مانعا من موانع الرجوع في الهبة . وهذه وتلك مظاهر تقطع بأن اختلاط المصالح المالية بين الزوجين أمر لا معدى عنه .

على أن استقراء تاريخ التشريع واستقراء التشريع المقارن يدلان على أن اختلاط المصالح المالية بين الزوجين ضرورة تقتضى غير يسير من النظم . فمن عهد الرومان ظهرت فكرة الدوطه أو البائنة وهى المال الذى تقدمه الزوجة عند الزواج على أن يحبس عن التصرف ويحبس عن الحجز. وقد عنى الرومان باحاطة الدوطه بضانات تكفل حفظها . وقد بقى هذا النظام الى القرون الوسطى حيث ظهرت نظم أخرى بدأت تتكون مقوماتها الى أن استوت فى كثير من النشريعات فى الدول الغربية فى الوقت الحاضر. ففى فرنسا مثلا توجد أربع نظم رئيسية لأموال الزوجين :

- ١ نظام اشتراك الأموال.
- ٢ ... نظام عدم الاشتراك في الأموال.
 - ٣ ... نظام البائنة أو الدوطه .
 - ٤ نظام فصل الأموال.

وفى سويسرا توجد نظم ثلاث :

١ _ نظام اتحاد الأموال .

٧ ــ نظام الاشتراك في الأموال .

٣ ــ تظام فصل الأموال .

وفى الدول الانجلوسكسونية يغلب الأخذ بنظام فصل الأموال . وفى دول أخرى توجد نظم وسطى بين نظم الفصل ونظم الاشتراك ، بل وفى كل دولة من الدول التي أشرنا ألى نظمها الرئيسية توجد نظم فرعية تستمد مقوماتها من نظامن أو أكثر .

والأمر الجوهرى فى هذه النظم هو العناية بتقرير حتى الزوج فى ادارة الأموال الزوجية والانتفاع بها ثم تقرير حتى كل من الزوجين فى ملكية هذه الأموال .

على أن من الواجب أن ننبه من الآن الى أن مفهوم أموال الزوجية تختلف باختلاف كل نظام مالى ، فلا يقصد بذلك الا الأموال التى يعتبر ها النظام المالى من أموال الزوجية دون غيرها . ولكل نظام مالى احكامه الحاصة فى هذا الشأن.

هذا، والجوهرى فى نظام الأموال الزوجية هو أن هذا النظام تسيطر عليه قواعد آمرة فى مجموعها . فهو نظام يتحكم فيه القانون بوصفه المصدر الأعلى . ولكنه مخضع فى تفصيلاته ، إما لاحكام العقد الذى يسمى بمشارطة أموال الزوجية واما أن مخضع فى هذه التفاصيل لأحكام القانون مباشرة . وعلى هذا التحو يكون فى الوسع أن ردنظم أموال الزوجية الى مصدرين : العقد والقانون.

بيد أن من المشاهد أن العقد الذي يعقد في شأن نظام الأموال الزوجية ليس من قبيل العقود التي تتمتع فها الارادة بأكبر قسط من السلطان ، وانما يكون للارادة نصيب ضئيل في هذا الشأن : اذقل أن بجاوز دور الارادة اختيار نظام من النظم التي محددها القانون على سبيل الحصر ، وهذه حقيقة أولى ينبغي الانتباه الها ، في الحطأ أن تعتبر مشارطات أموال الزوجية عقودا بالمعنى المتعارف من الاصطلاح العام ، وقد ظل هذا الحطأ قائما في القدم . ومن الغريب أن فكرة سلطان الارادة نشأت في فقه الأستاذ دعولان عند تكييفه لنظام أموال الزوجية ، اذ اعتبر هذا النظام نظاما تعاقديا واعتبر أن الارادة وخدها هي المصدر ، فذكر أن مشارطة أموال الزوجية هي أساس تنظيم الروابط المالية بين الزوجين ، وذكر أنه حيث يعقل الزوجان انشاء مشارطة في هذا الشأن يكون قصدهما من ذلك هو اختيار النظام المقرر في القانون عقتضي ارادة ضمنية .

ولكن هذا الرأى هجر في الفقه الحديث وأصبح من المقرر أن دور الارادة يقتصر على مجرد احتيار نظام من النظم التي يقررها القانون من قبل؛ وأنه حيث لا توجد ارادة تعر عها مشارطة أموال زوجية يكون المرجع في التنظيم حكم القانون وحده.

المصدر الأول اذن في تنظيم أموال الزوجية هو العقد . ولكن خيار الارادة في هذا العقد صثيل ولا يقف الأمر في هذا التضييق على الارادة عند الحدالذي تقدمت الاشارة اليه : وانما هو يجاوز هذا الحدالي ما هو أخطر، على الأقل في بعض الدول ، حيث يوجد مبدأ آخر يقفي بعدم جواز تغيير الاتفاقات الحاصة ينظم أموال الزوجية : وهذا المبدأ مطبق في فرنسا ولكنه غير مطبق في سويسرا . ففي فرنسا يتضع أن المبدأ المتقدم ذكره يورد قيدا آخر على حرية التماقد وأعمال سلطان الارادة . ذلك أن القواعد العامة تففيي بأن للماقدين أن يتفقا على تعديل عقدهما ولا جناح عليهما ان فعلا ذلك ما دام التعديل غير مخالف للنظام العام .

فشارطة أموال الزوجية أو ما يعبر عنه بعقد الزواج contrat de mariage تعتبر تعاقدا من طبيعة خاصة وتعتبر مصدرا لتنظيم الروابط المالية بين الزوجين في الحدود التي يقررها القانون .

أما المصدر الثانى لهذا التنظيم فهو القانون ذاته ؛ فالقانون من ناحية يعتبر مصدرا مباشرا لتنظيم الروابط المالية بين الزوجين حيث تجرى التشريعات الغربية على وضع نظام خاص بأموال الزوجية يفرض على الزوجين عند عدم وجود مشارطة لأموال الزوجية ، ويسمى مثل هذا النظام بالنظام القانوني، أو النظام صاحب الولاية العامة . وقد حدت هذه الظاهرة بالفقه القديم الى اعتبار النظام القانونى نظاما تعاقديا رغم أن القانون ينفرد بفرضه ، وكان سند الفقه في ذلك أن احجام الزوجين عن انشاء مشارطة مالية محمل على انهما ارتفعيا باحتيارهما الضمى الحضوع النظام المقرر في القانون . ولكن هذا التحليل غير صحيح كما تقدم بيانه ، ذلك أن القانون هو الذي يفرض نظاما على الزوجين عند عدم وجود مشارطة ولو لم محتر الزوجان أي حكم من الأحكام . ثم أنه يلاحظ في النظام القانوني أنه يتضمن تو از فا يقيمه القانون بين مصالح الزوجين وفقا لتقديره هو لا لتقدير الزوجين طده المصالح ، ولذلك يسرى النظام القانوني بسائر أجزائه ما دام الزوجان لم يتفقا على انشاء مشارطة أموال زوجية .

هذا ويلاحظ أن القانون يعتبر من ناحية أخرى مصدرا غبر مباشر لتنظيم الروابط المالية بين الروجين حتى في حالة وجود مشارطة أموال زوجية ؛ لأن القانون هو الذي يعين مضمون كل نظام من النظم الانفاقية أو هو الذي يعين بعبارة أخرى تماذج لتلك النظم الانفاقية التي يختارها الماقدان مع تخويلهما حتى التعديل عند الانشاء في حدود ضيقه .

وسواء كان مصدر تنظيم أموال الزوجية هو الانفاق أو القانون، فمثل هذا التنظيم يقتضى تعمقا فى دراسة أثر أحكام التنظيم يقتضى تعمقا فى دراسة أثر أحكام القانون أو العقد فى ملكية كل من الزوجين، وفى حدود حقه فى الانتفاع وفى مسئوليته فى ذمته المالية، وفى تعيين حقوق الدائنين على المال ، وفى تكييف حقوق ذوى الشأن كافة فى هذا المال".

منهج الدراسة

وسنتناول دراسة النظام المالى للزوجين فى صلته ببعض نواحى نظرينى الحق العينى والحق الشخصى فى قسمين :

١ – فى القسم الأول نعرض لدراسة النظام المالى للزوجين فى نطاق التشريع المقارن ، فنتناول بالبحث نظام أموال الزوجية فى فرنسا باعتبارها ممثلة النظم اللاتينية ، ثم نتناول نظام أموال الزوجية فى سويسرا باعتبارها ممثلة النظم الجرمانية ونخرج من ذلك مقارنة بين النظامين . وق قسم ثان نقوم بدراسة نظام أموال الزوجية في القانون المصرى
 فنعرض للنظام الاسلامي كما نعرض للنظم التي تطبقها الطوائف غير الاسلامية.

وفضلا عن ذلك نفرد بحثا خاصا لكيفية تطبيق نظم أموال الزوجية الأجنبية فى مصر ، وتخرج من هذه الدراسة ببعض مقدمات أو توجيهات فى الاصلاح .

القسم الأول

فى نظم أموال الزوجية فى التشريع المقارن

سنتناول فى هذا القسم دراسة التشريع الفرنسى ونعقبه بدراسة التشريع السويسرى .

الباب الأول

في التشريع الفرنسي

مر التشريع الفرنسى فى تنظيم أموال الزوجية بمراحل متعددة . وقد انتهى فى الربع الثانى من هذا القرن الى تطور يكاد يبلغ مبلغ العنف . ويتمثل هذا التطور فى الاعتراف للمرأة بكيان مستقل . ولذلك كان الزوج فى ظل قواعد التشريع الفرنسى قبل تطورها هو المهيمن بوجه عام على أموال الزوجية ولكن ظهر مبدآن آخران :

أولهما : مبدأ تحرر المرأة وتمتعها بالأهلية القانونية بعد أن كانت قبل التطور الأخير محرومة مها . وقد استتبع وجود هذا المبدأ تمتع الزوجة محق التصرف فيا هو من مالها .

تُانهِما : مبدأ استقلال الزوجة بما يعود عليها من كسبها هى فيها لوكانت تكسب من عملها .

ولكن التعديلين المتقدم ذكرهما لم يستنبعا الانتقاص من مركز الزوج بوصفه قواما على شئون الأسرة أو بوصفه رئيسا للأسرة على حد تعبير الاصطلاح المستعمل فى فرنسا ، فرياسة الزوج للأسرة تعتبر مبدأ من المبادئ الآمرة للتشريع الفرنسي ، وقد فرعوا على ذلك أنه لا يجوز المساس بالاحكام المترتبة على هذه الرياسة ولو بمقتضى انفاق خاص يبرم قبل اتمام الزواج . والواقع أن رياسة الزوج للأسرة لا تزال في كثير من الدول من أبرز المميزات التي يعتد بها التشريع في نطاق الروابط المالية بين الزوجين .

وفى ضوء ما تقدم سنعرض :

(أولا) لكيفية انشاء نظام الأموال بين الزوجين في فرنسا بمقتضى ما يسمى بمشارطة الزواج أو عقد أموال الزوجية .

(ثانيا) ثم نعرض بعد ذلك لنظم أموال الزوجية سواء منها النظام القانونى الذى يطبق عند عدم وجود مشارطة لأموال الزوجية أو النظم التى تتوقف على انشاء مشارطة خاصة .

المبت الأول في مشارطة الآموال الزوجية

اذا لم ينشئ الزوجان مشارطة قبل انعقاد الزواج سرى عليهما النظام القانوني وهو في فرنسا نظام الاشتراك في الأموال الذي يشمل المنقولات والأموال العقارية التي تكتسب بعوض خلال الزوجية . أما اذا انشأ الزوجان مشارطة أموال الزوجية فئل هذه المشارطة تعتبر دستورا فما في تنظيم علاقاتهما المالية . ولذلك جرى الفقه على تعريف مشارطة أموال الزوجية بأنها عقد يم بين الزوجين قبل انعقاد الزواج بالأوضاع ووفقا للشروط المقررة في أحكام القانون . ويقصد من هذا العقد الى تنظيم الزوابط المالية بين الزوجين أو بعبارة أدى الم تعيين النظام المللى الذي يتبع أثناء قيام الحياة الزوجية بينهما .

ويبن من هذا التعريف أن مشارطة الزوجية عقد ولكنه عقد من طبيعة خاصة ، ويبن كذلك أن لهذا العقد موضوعا أو محلا خاصا . وسنتناول فها يلى هذه المسائل الثلاث :

فشارطة أموال الزوجية عقد لو أريد من اصطلاح العقد الى التعبير عن كل تصرف ينشأ بارادة عاقديه ، ففى هذه الحدود ينبغى أن يصدر رضاء من الزوجين ، وهذا الرضاء يكون ممثلا لتلاقى ارادتين ، فاذا لم يتراضى الروجان على الأخذ بنظام معن فلا مشارطة هناك . وبذلك بجب أن يسرى في حقهما النظام المقرر في القانون . ففي حدود اشتراط تلاقى الارادتين هجب أن يتوافر هذا التلاقى في مشارطة أموال الزوجية وبجب تبعا لذلك أن تطبق في شأن هذه المشارطة القواعد العامة المتعلقة بالرضاء والأهلية ، وان كانت هذه القراعد تعدل من الناحية النظرية والعملية وفقا لأحكام القانون الحاصة أو وفقا لظروف الواقع . ومؤدى هذه الفكرة الأولى أنه اذا انعدمت الارادة وتمثل انعدامها في صورة من صور البطلان اعتبرت مشارطة أموال الزوجية كأن لم تكن وخضع الزوجان للنظام القانوني . هذه ناحية .

أما الناحية الثانية فتتصل بموضوع أو محل المشارطة ، وفى حدود هذه الناحية يصعب اعتبار مشارطة أموال الزوجية عقدا ، ذلك أن قوام العقد هوحرية الارادة أوسلطانها فى تعين مضمون العقد والحال ان الارادة فى مشارطة أموال الزوجية لا يعدو دورها اختيار نموذج من النماذج المبينة في أحكام القانون مع ادخال تعديلات طفيفة لا تمس الجوهر . ولهذا مجمع الفقهاء في فرنسا على أن مشارطة أموال الزّوجية لا تعتبر عقدًا لأن الأرادة لا تتمتع فيها بحرية التعاقد وهم يشبهونها بعقود الشركات ، فالعاقد في شركة المساهمة مثلًا يُوقع عقدا ابتدائياً أو نظاميا يكاد يتكفل القانون بتعين مضمونه على وجه الدقة . ولذلك بجنع الفقه الى آخراج مشارطة الزواج وعقد الشركة من نطاق العقود ، لا على أساس أن تلاقى الارادتان غير لازم لحما ، اذ من الواضح أنَّ هذا التلاقُّ ضرورةً لا مُعدى عنها ، وانما علىُّ أساسُ انتفاء حرية الارادة في تعين مضمون العقد أو موضوعه ؛ فالقانون هو الذي يعن من قبل هذا المضمون وهو الذى يتكفل مقتضى أحكامه باقامة التوازن بن مصالح العاقدين . فكأن الدور الذي تقوم به ارادة المتعاقدين بنحصر أفي اختيار ما ارتَّضاه القانون للعاقدين من قبل . وبديهي أن وضع العقود الأُخرى نختلفُ عن ذلك كل الاختلاف ولهذا يسمى الفقه مشارطة أموال الزوجية بالعقد النظامي contrat statutaire أو العقد التوفيقي .

وأول ما يصادف من قبود ترد على سلطان الارادة في تعيين مصمون عقد الزواج أن العاقدين لا يملكان الاتفاق على استبعاد النظام القانوئي فحسب، فان اتفقا على ذلك ووقفا عند هذا الحد دون اختيار نظام آخر لأموال الزوجية، كان اتفاقهما باطلا لمحافاته للنظام العام ، اذ هو يستتبع استبعاد النظام القانونى ، واستبعاد كل نظام اتفاق آخر ، وهذا يؤدى عملا الى أن تظل المصالح المالية فيها بين الزوجين بمعزل عن كل تنظيم .

ثم ان من المقرر كذلك أن مشارطة الأموال الزوجية لا يجوز أن تتضمن أى مساس بسلطة الزوج باعتباره رئيسا للأسرة ، ولا يجوز أن تتضمن أحكامها تغييرا من نظام التوارث بين الزوجين أو تغييرا من أحكام الولاية أو الوصاية أو تخالف القواعد الآمرة فى نظم الزواج أو قواعد النظام العام وحسن الآداب بعبارة عامة .

فاذا وضحت هذه الحقيقة ظهر أن الارادة في نطاق مشارطات الزواج لا تتمتع الا بحرية اختيار أنموذج من النماذج المقررة في القانون دون أن تتمتع عربة تعديل أحكام هذا الانموذج أو الاضافة اليها على وجه مخل بالقواعد الآمرة المقررة في القانون . على أن هذا لا ينفي أن للماقدين أن يضيفا الى مشارطة أموال الزوجية أحكاما أخرى ، فمن قبيل ذلك مثلا أنه مجوز أن نضاف أحكام تتملق بالتبرعات بين الزوجين أو أحكام تتملق بتبرعات الفير للزوجين ، وبديمي أن ما يضاف الى المشارطة نما لا يعتبر من جوهرها يخضع لأحكام القواعد العامة .

وخلاصة ما تقدم أن مشارطة أموال الزوجية تصرف قانونى ينمقد بارادتين ، ولكها لا تعتبر من الطراز المألوف فى العقود ، اذهى عقد من طبيعة خاصة بالنظر الى كيفية أنعقاده وبالنظر الى تحديد مضمونه حيث ينحصر موضوع المشارطة فى اختيار نظام لأموال الزوجية ، عدا النظام الفانونى الذى يسرى عند احجام الطرفين عن الاختيار .

تبعية المشارطة :

على أن أهم ما يراعى فى هذا العقد فى القانون الفرنسى هو صفة التبعية . فشارطة أمواك الزوجية ينبنى أن تتم قبل انعقاد الزواج ؛ ويقال أنها فى بقائها متوفقة على وجود الزواج ، أى أنها تنعقد مع تفاهم العاقدين ضمنيا على أنها لا تبقى الا اذا تمت الزوجية . ويترتب على ذلك أنه اذا لم يتم الزواج تسقط مشارطة أموال الزوجية وتعتبر كأن لم تكن . ولا جم في هذا الشأن أن تطول المدة التي تنقضي بن انعقاد مشارطة الزواج واتمام الزواج نفسه ، فطول هذه المدة أو قصرها ليس بذي بال . وانما تعتبر المشارطة ساقطة مني ظهر اعراض الطرفين عن الزواج بشكل واضح ، فان استمرت المشارطة قائمة دون أن يبدو من الطرفين اعراض عن الزواج اعتبرت موجودة . على أن اشتراط انشاء المشارطة قبل اتمام الزواج وان بدى غريبا ، الأ أن في ظروف المانون الفرنسي يتبع مبدأ عدم جواز تغيير نظام أموال الزوجين أثناء قيام الزوجية . فاذا لم ينشئ الزوجان مشارطة أموال الزوجية قبل الزواج حل ذلك مهما على الرغبة في الحضوع لنظام أموال الزوجية القانوني ، وبذلك عميم على الزوجين أن يعدلا هذا النظام القانوني عمارطة زوجية يم انشاؤها فيا بعد .

هذه هي القاعدة في القانون الفرنسي . ولكن قاعدة اشتراط وجوب انشأء مشارطة أموال الزوجية قبل اتمام الزواج لا تخلو من تعقيد ، وهذا التعقيد نصادفه في ناحيتن :

فقى ناحية أولى قد تنشأ مشارطة الزوجية ولا يتم الزواج ، وفى هذه الحالة تسقط المشارطة على الوجه الذى تقدم بيانه من قبل ، الأ أن الذى يسقط من هذه المشارطة هو ما يتعلق على وجه التخصيص والافراد بنظام أموال الزوجية أو ما يعتبر متصلا بهذا النظام اتصال تلازم . أما ما عدا ذلك مقد برى الزوجان المقبلان ادخاله في مشارطة الزوجية فيبقى دون أن يتناوله سقوط اما موادرا من جانب واحد حيث يثبت الأثر القانوني لهذا الاقوار بمجرد الادلاء به ، واما يوصفه تعاقدا عاديا تم بين الطرفين . فمن ذلك مثلا أن الزوج القبل الذي يقر بنسب ولد طبيعي في المشارطة يعتبر أقراره مقيدا له رغم سقوط المشارطة وعدوله عن الزواج باعتبار أن هذا الأقرار يلزم أن هذا الأقرار يلزم المقر متى توافرت فيه شروط صحته . وقد قضى القضاء الفرنسي بذلك .

وكذلك الشأن فيها لو كانت مشارطة أموال الزوجية قد تضمنت اتفاقا على أمر آخر غمر متصل بأموال الزوجية نفسها كصلح تم بين الطرفين على كف منازعة أحدهما في حق ارتفاق كان يطالب به الطرف الآخر . ففى هذا المثال وسابقه لا يوثر سقوط مشارطة أموال الزوجية فى بقاء الاقرار أو الشرط الذى لا يتصل بنظام أموال الزوجية . وتعتبر هذه النتيجة مجرد تطبيق لنظرية اقتصار التصرفات ، وتسمى أحيانا نظرية انتقاص التصرفات.

ومن ناحية أخرى تمرض صعوبات مردها تراخى اتمام الزواج فى الزمن بعد انشاء مشارطة أموال الزوجية ، فقد تنقضى فترة تطول أو تقصر على حسب الأحوال . فمن أى وقت ترتب مشارطة أموال الزوجية آثارها عند اتمام الزواج ؟ أثترتب هذه الآثار من وقت انشاء المشارطة أم الها تترتب من وقت تمام الزواج ؟ .

انقسم الفقه والقضاء الفرنسي قدعا الى رأين ، ورجع في الفقه القدم رأى القاتلين بأن المشارطة تترتب آثارها من وقت انشائها ، عمى أنه عند مايم انشاء الزواج وترتب المشارطة آثارها القانونية تستند هذه الآثار الى الماضي والى وقت انشاء المشارطة على وجه التحديد . ويشبه هذا الرأى رأى القاتلين بأنه متى تم تسجيل عقد البيم وانتقلت الملكية فان هذا الانتقال يستند الى وقت انشاء البيع . وأصحاب فكرة الأثر الرجعى في مشارطة أموال الزوجية يستندون الى أن هذه المشارطة معلقة على شرط واقف هو اتمام الزواج ، فان تم الزواج ترتبت آثار المشارطة من جراء تحقق الشرط واستندت تلك الآثار أو ارتدت الى الماضى ؛ ولذلك يفترض أنها ترتبت من وقت انشاء مشارطة أموال الزوجية . الاأن هذا الرأى أصبح معدولا عنه .

فالواقع أن الاستناد الى فكرة الشرط استناد غير صحيح وغير لازم: فهو غير صحيح من حيث الواقع باعتبار أن الأثر الرجمى للشرط لا يعدو أن يكون افتر اضا ينبغى فى القليل أن يتمشى مع مقصود العاقدين ، والحال أن العاقدين لم تنصرف ولا يمكن أن تنصرف نينهما الى ترتيب آثار المشارطة الا عند اتمام الزواج ، أما قبل ذلك فهما يعلمان أنها لا ترتب أثر ا ويقصدان الى ذلك . فضلا عن أنه يلاحظ أن نظام أموال الزوجية شرع لتنظيم الروابط المالية بين زوجين ، والأخذ بفكرة الأثر الرجمى لمشارطة أموال الزوجية يترتب عليه اعتبار الزواج تاما من حيث الآثار المالية فى وقت سابق على اتمام

العقد . ومن ناحية أخرى فالاستناد الى فكرة الشرط غير لازم لأن المفروض أن هذه الفكرة لا يلجأ الها الا لتفسير نتائج معينة وهذه النتائج فى الوسع أن تستند الى تفسير آخر لا حاجة فيه الى الاستعانة بفكرة الأثرالرجمي للشرط.

ولذلك اتجه الفقه الحديث في فرنسا الى العدول عن الرأى الأول . ويكاد جمع الفقهاء الحديثون على أن اتمام الزواج هو الذي يعتبر تاريخا لبداية ترتيب آثار مشارطة الزوجية دون أن تستند هذه الآثار الى الماضي . الا أن الفقه الحديث لا بزال مضطربا في شأن مسألتين : الأولى في تفسير هذا الرأى، والثانية في الأستثناءات التي ترد على هذا آلرأى وهي استثناءات أقرها الفضاء رغ انتقاد الفقه :

فغيا يتعلق بالمسألة الآولى يذهب فريق من الفقهاء الفرنسين الى أن مشارطة الزوجية تعتبر من حيث الآثار مضافة الى أجل لا معلقة على شرط ، الا أنه يلاحظ على هذا الرأى أن الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع مع أن اتمام الزواج أمر احتمالى وإن غلب بن طرق المشارطة اتمام الزواج .

ولذلك لا يستقم الرأى الثانى على أساس الأجل الواقف وانما يستقم هذا الرأى على أساس تراضى طرق الرابطة على ارجاء تنفيذها الى الوقت الله يتم فيه ابرام عقد الزواج بين الزوجين ، فثل هذا التفسير الذي يستند الى نية المتعاقدين هو الذي يتمشى مع الواقع ، وهو التفسير الذي نصادف نظيرا له في حالات أخرى تتصل بنظرية المقد أخصها حالة الكفالة ، فن يكفل مدينا في ظل القانون المدنى الجديد تعتبر كفالته موقوفة الى أن يم تنفيذ القرض فيا لو كان هذا المدين مقترضا. فإن لم يتم تنفيذ القرض أضحى النزام المكفيل ساقطا ، وأن تم تنفيذه رتبت الكفالة آثارها من وقت هذا التنفيذ ، ولذلك تكون القاعدة العامة هي أن مشارطة أموال الزوجية لا ترتب آثارها الا من الوقت الذي يتم فيه الزواج .

أما المسألة الثانية التي اضطرب الفقه الفرنسي في شأمها فتتصل بالاستشاءات التي ترد على القاعدة العامة التي تقدمت الاشارة اليها ، فرغم وضوح هذه الفاعدة لم يعردد القضاء الفرنسي في اقرار استشاءات لها ، وأخص هذه الاستشاءات هي الهبات التي تنص عليها المشارطة ، فهذه الهبات تعتبر

مرتبة لآثارها من وقت انمام المشارطة ، سواء في ذلك الهبات الصادرة من الغير أو الصادرة من أحد الزوجين للآخر . ولم يتردد القضاء في ترتيب آثار الهبات من وقت انشاء المشارطة رغم أن الفقه يجمع على أن المشارطة لا ترتب آثارها الا من وقت اتمام الزواج .

والواقع أنه لا يوجد تلازم بين ترتيب آثار النظام المالى من وقت اتمام الزواج وبين ترتيب الهبة لآثارها عند انعقادها ، وكل ما هنالك أن الهبة _ وهي تصرف قد يقع بمناسبة الزواج وقد يقع في غير ذلك من مناسبة ـ تعتبر موقوفة على شرط فاسخ هو تخلف الزوجين عن اتمام الزوجية . فاذا تحقق الشرط ولم تم الزوجية تخلف الشرط واتصلت الشرط ولم تم الزوجية تخلف الشرط واتصلت آثار الهبة وظلت قائمة .

وهذا استثناء أول شفعة القضاء باستثناء ثان يتملق بالبائنة أو الدوطه . فقد استقر القضاء في فرنسا على أن الدوطه التي يتم انشاؤها بمقتضى عقد الزواج تعتبر مكتسبة لصفها هذه من وقت انشاء مشارطة أموال الزوجية لا من قبل . فالبائنة تعتبر من قبيل الأموال التي لا يجوز التصرف فها أو المحجز علها أو انتقالها بطريق الميراث ، فهي مال محبوس وحبسه هذا يرتب من وقت انشاء مشارطة الزواج .

والواقع أن مذهب القضاء الفرنسى فى هذه المسألة يستند الى اعتبارات علية ، فهو يتمشى مع مقصود العاقدين من ناحية ، وهو بعد ييسر اتمام الزواج؛ اذ لو أخذ بغير هذا المذهب لترتب عليه احمال الانتقاص من مال البائثة أو تعرضه للخطر ، وبذلك قد لا تتم الزوجية مع أن المقصود من انشاء مشارطة الزوجية هو ائتمهد عملا لاتمام الزواج .

بنى الاستثناء الثالث وهو ما يتعلق بالوكالة الحاصة التى تصدر من أحد الزوجين الى الآخر ، فهذه الوكالة يرتب القضاء كامل آثارها من وقت النص عليها فى مشارطة نظام أموال الزوجية ، ولا يتبنى هذا الأثر الى ما بعد اتمام الزوجية، والاعتبارات العملية أيضا هى التى تبرر مثل هذا المذهب. فحا دام الطرفان قد تراضيا على الوكالة فالذى يفلب فى مقصودهما هو أعمال أحكامها من وقت التراضى ولا خطر فى ذلك لأن للموكل دائمة أن يعزل الوكيل فى أى وقت شاء ، ما لم نكن الوكالة مشروطة لمصلحة شخص ثالث أو لمصلحة الوكيل .

وفيها عدا هذه الاستثناءات تسرى القاعدة العامة بمعنى أن مشارطة أموال الزوجية لا تتر تب الا عند اتمام الزوجية .

على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن لاطلاق صفة التبعية على مشارطة الزوجية معى آخر ، فالمشارطة تظل مرتبة لآثارها ما بقيت الحياة الزوجية قائمة ؛ فان انفصل رباط الزوجية بسبب الموت أو الطلاق أو بسبب صدور حكم بالبطلان ففي هذه الحالة تقف آثار المشارطة أو تعتبر ساقطة على حسب الأحوال ، ولا خل هذا بتصفية العلاقات المالية بين الزوجين على أساس الذي يقرره القانون .

النواحي التي تختلف فيها المشارطة عن سائر التصرفات القانونية

يسطنا فيا تقدم تعريف مشارطة أموال الزوجية وعرضنا الخصائص الممزة لهذه المشارطة بوصفها تصرفا قانونيا . والآن نتناول النواحى التفصيلية في هذه المشارطة في حدود اختلاف هذه النواحي عن نظيرها بالنسبة لسائر التصرفات القانونية :

فالواقع أن مشارطة أموال الزوجية رد فيها على الارادة قيود متعددة لا نظير لها بالنسبة لسائر التصرفات القانونية العادية . ثم أن حرية الارادة في تعديل مشارطة أموال الزوجية حتى برضاء الطرفين تكاد تكون معدومة بسبب مبدأ عدم جواز تغيير نظام أموال الزوجية . وفضلاعن ذلك يلاحظ فيها يتعلق بأهلية المتعاقدين لانشاء المشارطة أن ثمة قواعد خاصة . فناقص الأهلية مثلا لا يستطيع أن يبرم المشارطة الا متى كان أهلا الزواج ومتى اشترك معه من يشترط القانون رضاءه بالزواج .

وأخيرا يشترط في مشارطة أموال الزوجية أن تكون مفرغة في الشكل الرسمي ، فالرسمية ركن من أركانها . ويشرط فوق ذلك أن يم شهر المشارطة باتباع اجراءات خاصة ، لأن أثر النظام الملل بين الزوجين لا يقتصر على الزوجين فحسب واتما يؤثر في مصالح الغير وفي طليعتهم من يتعامل مع الزوجين ف متدلك فريق الدائنين التي تثبت لهم ديون في فمة كل من الزوجين.

فاذا انتهينا من عرض هذه الأحكام بقى أن تتناول بيان الجزاء الذى شرعه القانون نخالفة القواعد الخاصة بصحة مشارطة أموال الزوجين .

وعلى هذا النحو نبدأ بالمسألة الأولى وهى الخاصة ببيان القيود التي ترد على سلطان الارادة عند ما يكون التصرف عبارة عن مشارطة أموال الزوجين.

القيود الواردة على سلطان الارادة عند انشاء المشارطة . .

فالمبدأ المقرر في القانون الفرنسي هو مبدأ حرية الاتفاق في شأن مشارطات أموال الزوجية ، وقد تقدم ذكر ذلك ، بل أن مبدأ الحرية هذا يتعلق بالنظام المام فلا يجوز الحد منه أو النزول عنه ولو يمقتضي اتفاق خاص . ولكن لا يقصد من تلك الحرية أن الزوجين سلطانا مطلقا في تنظيم روابطهما المالية ، بل المقصود من ذلك هو حرية الزوجين في اختيار نظام من النظم التي يقررها القانون أو في اغفال الاختيار رغبة مهما في الحضوع لنظام أموال الزوجية فحرية الزوجين في الجمع أو في التوفيق فحرية الاتفاق على النظام المالى تستتبع حرية الزوجين في الجمع أو في التوفيق بين نظامين أو أكثر ؛ فلا مانع مثلا من اختيار نظام البائنة في جزء من الأموال واختيار نظام البائنة في جزء من الأموال في نظام الإشراك في جزء آخر ، والمهم في كل هذا أن يم الاختيار في نظام الإشراك في جزء آخر ، والمهم في كل هذا أن يم الاختيار في نظاق القيود التي يقررها القانون . ومعني ذلك أنه لا يوجد ما عنع الزوجين من انشاء مشارطة زوجية على نسق غير معروف في البيئة الفرنسية ما دام لا يتضع أن شروط المشارطة تنطوي على ما مخالف الأحكام الآمرة في القانون . أو بعبارة أخرى القيود التي يقررها القانون .

ولهذا أباحت محكمة النقف الفرنسية جواز الاحتكام الى نظام أجنبي لأموال الزوجية تنص عليه المشارطة ما دام هذا النظام لا يتعارض مع القيود المقررة في القانون الفرنسي ، فما هي اذن هذه القيود ؟ .

(أولا) القيود المتعلقة بالنظام العام :

لا يجوز أن تتضمن مشارطة أموال الزوجية شرطا أو اتفاقا يتمارض مع النظام العام والآداب، وهذه هي القاعدة العامة بالنسبة الى حميع التصرفات. الا أن التشريع الفرنسي آثرها بنص خاص حتى لايتبادر الى الذهن أن في الوسع أن تخالف قواعد النظام العام أو الآداب استنادا الى أن مشارطة أموال الزوجية تعتبر عثابة ميثاق عائلي . وليس الأمر يسرا في تبين ما يتمارض مع النظام العام أو الآداب بالنسبة إلى مشارطات أموال الزوجية . فأحيانا تعرض صورة دقيقة عرض بعضها في مصر في ظل نظام الوقف . فيلا اختلف الرأى في شأن الاتفاق في مشارطة أموال الزوجية على منع الزوج أو الزوجة بعد موت الطرف الآخر من الزواج وتعليق بقاء الهبات قائمة على استمرار هذا المنع ، فهل يعتبر مثل هذا الشرط أو الاتفاق محالها في مشارطة العالم أم أنه يعتبر غير محالف ؟ وما حكم الهبات التي ينص علها في مشارطة أموال الزوجية وتكون مقترنة بمثل هذا الشرط ؟

الواقع أن القضاء الفرنسى اتجه الى الحكم بصحة مثل هذا الشرط بعد تردد. وقد أقر فقهاء الشريعة هذا الشرط فى كتب الواقفين فى ظل نظام الوقف، مع أنه ليس من شك فى أن الحق فى الزواج يعتبر عنصرا من عناصر حالة الأشخاص، وأن مثل هذا الاتفاق يقضى الى النزول عن عنصر من عناصر الحالة. ومثل هذا النزول يتعارض مع النظام العام والآداب.

ويتصل بالقيود المتعلقة بالنظام العام جميع القيود المقررة في قواعد آمرة ؛ فن ذلك الأحكام الحاصة باعتبار جميع الشروط أو الاتفاقات الحاصة بالمتركات المستقبلة باطلة ؛ فالواقع أن مشارطات الزوجية كانت قديما تتضمن اتفاقات خاصة في شأن توزيع الميراث. وكانت هذه الاتفاقات تعدل من نظام المواريث. ولكن التشريع الفرنسي الحديث منع الاتفاق على التركات المستقبلة وجعل المنم شاملا . وكان المقصود من المنع أن عال بين الزوجين وبين تضمين الخروج على قواعد المراث.

ثم بلى ذلك مما يتصل بالاحكام المتعلقة بالنظام العام القراعد المانعة الأخرى كالقاعدة التى تمنع الاتفاق على حرمان الزوج من منزلته كرب للأسرة ، فمثل هذا الحرمان يعتبر متعارضا مع النظام العام لأن قوامة الزوج على شئون الزوجية وعلى شئون الأسرة تعتبر أمرا طبيعيا .

وكذلك الشأن فيا يتعلق بالاتفاقات الحاصة بالولاية على الصغار ومحصانهم ، فلا يجوز أن تتضمن مشارطة أموال الزوجية اتفاقات خاصة تعدل من أحكام القانون في هذا الشأن . ذلك أن قواعد الولاية والحضانة تعتبر متعلقة بالنظام العام . وقد أقر الفضاء الفرنسي هذا النظر كما أقره القضاء المصرى .

وقد عرض أمر الاتفاقات التى تتصل بتعين دين الأولاد بين الزوجين المختلفين دينا ، وكان الرأى يتجه قديما الى صحة هذه الاتفاقات ولكن عدل عن هذا الرأى القدم واستقر القضاء على بطلان مثل هذه الاتفاقات .

هذا هو القسم الأول من قبود الارادة وهو لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق لأحكام القواعد العامة :

(ثانيا) القيود المتصلة أو المستمدة من نظام أموال الزوجية :

على أن النوع الثانى من القيود هو الذى تتميز به مشارطات أموال الزوجية ، فالمفروض فى هذه المشارطات أمها لا تحل بلستور الروابط المالية بن الزوجين كما يستمد من أحكام القانون ، ولذلك استقر القضاء فى فرنسا على ابطال المشارطة التى يتفق فها على حرمان الزوج من حقه فى رياسة الاشتراك فى الأموال ، اذ هو محكم هذه الرياسة يستطيع أن يتولى الادارة و عملك حرية التصرف ، وهو فى مقابل ذلك يتحمل مسئوليات خطيرة . ولهذا جرى النضاء على اعتبار الاتفاق على مثل هذا الحرمان باطلا لمنافاته لمنطق نظام الاشتراك فى الأموال .

وكذلك جرى الفضاء على ابطال الشروط التي ترمى الى الحد من أهلية الزوجة ؛ فقدتما جرى الموثقون في مشارطات أموال الزوجية على اعتبار الزوجة محرومة من أهلية التصرف ومن أهلية الالنزام حتى في الحالات التي يوافق فها الزوج على تصرفها أوالنزامها. وكان هذا الشرط يسمى بالحد التعاقدى من الأهلية . ورغم أن القضاء ذهب في أول الأمر الى صمة مثل الشرط ، الا أنه عاد بعد ذلك واستقر على بطلانه باعتبار أن مسائل الأهلية لا يجوز أن تكون عملا للتقييد باتفاق خاص . وقد خطا القانون الفرنسي خطوة واسعة فأقر للزوجة بأهليها . ولذلك نتناول بالبحث جواز الاتفاق في الوقت الحاضر على التقييد من أهلية الزوجة بمقتضى اتفاق خاص في المشارطة . وبحمع الفقه على أن مثل هذا التقييد غير جائز لتنافيه مع منطق النظام الملك بين الزوجين . على أن التعليقات العملية التي كانت عملا لحلاف الفقه والقضاء تتناول الشروط التي تدرج في شأن حرية الزوجة بالنسبة الى كسها من عملها، وفي شأن النص على عدم جواز التصرف في أموال الزوجية الحالصة ، وفي شأن النص على عدم جواز التصرف في الأموال المشتركة بين الزوجين .

ففيا يتعلق بكسب الزوجة انصرف القانون الى انشاء حماية خاصة للزوجة فها يتعلق بكسها من عملها ، وترجع هذه الحماية الى سبين :

(الأول) تأمين الاستقلال المالى للزوجة . فمَى كان للزوجة أن تتصرف فى كسبها من عملها أمكن أن تطمئن الى أن مركزها فى الحياة الزوجية ليس عرضة لتأثير ينشأ عن عنت الزوج .

(والثانى) يرجع الى رغبة المشرع فى تشجيع المرأة على العمل ؛ وليس أد عى إلى اغراء الزوجة بالعمل من أن تكفل لها حماية فيا يتعلق بكسبها من عملها.

وقد كان هذان السببان وغيرهما من الأسباب التي تم الاستناد اليها عند تعديل القانون الفرنسي عملا لجدل كبير ؛ الأ أن هذا الجدل قد انقطع عند ما صدر التشريع ونص فيه صراحة على حرية الزوجة في التصرف في كسها من عملها . ولذلك فرع الفقه والقضاء على المبدأ المقرر لهذه الحرية أنكل اتفاق بحد من الحرية المتقدم ذكرها يعتبر اتفاقا باطلا .

هذا وقد أثير خلاف فيا يتعلق باشتراط عدم التصرف فى الأموال التى تكون مملوكة للزوجة ولا تدخل فى أموال الزوجية دون أن يكون هناك وضع خاص ينظم مركز هذه الأموال . وقد ذهب فريق من الفقهاء الى أن مثل هذا الشرط يعتبر باطلا لأنه محله من أهلية الزوجة من طريق غير مباشر . الا أن هذا الرأى أصبح مهجورا من الناحية العملية ، واستقر القضاء فى السنوات الأخيرة على تصحيح هذا الشرط باعتبار أنه بجعل من أموال الزوجية التي جاء فى شأتها النص نوعا من أنواع البائنة تعتبر غير قابلة للتصرف . الا أن الفقه والقضاء لم يرتبا على ذلك فقدان الزوجة لأهليها ، ولم يرتبا أيضا بطلان التصرف فى المال . فالتصرف الذي يقع على خلاف الشرط لا يكون باطلا بطلانا مطلقا واتما يكون غير نافذ بالنسبة الى المال الذي شرط عدم التصرف فيه . وجهذا قيل يكون غير نافذ بالنسبة الى المال الذي شرط عدم التصرف فيه . وجهذا قيل أن التصرف يصح نفاذه بالنسبة الى الأموال التي تكتسها الزوجة فيا بعد ، ويصح نفاذه أيضا عند ما ينقضى نظام الزوجية اما بالانحلال أو بوفاة أحد الزوجين .

وأخيرا عرضت للقضاء الفرنسي صور الاتفاقات التي ترمى الى عدم جواز النصرف في الأموال الطارثة أي الأموال التي تكتسب بعقد من عقود المعاوضة بعد انشاء نظام أموال الزوجية ؛ فالأموال الطارثة يكون للزوج حتى التصرف فيها دون أن يقيد هذا الحتى . ولهذا قبل أن كل شرط برمى الى عدم جواز التصرف في الأموال الطارئة يعتبر في الحقيقة شرطا يرمى الى تقييد حقوق الزوج بالنسبة الى أموال الزوجية ، ولما كانت هذه الحقوق مقروة لمصلحة الأسرة ولمصلحة السلام العائل فها ، فهي تتعلق بالنظام العام ولا مجوز الاتفاق على الحدمها بشرط خاص .

وحاصل هذا الشرط الذى تقدم أن القضاء الفرنسي اعتبر المصلحة التي يتوخاها الزوجان من شرط عدم التصرف مشروعة في الحالة الأولى واعتبرها على النقيض من ذلك غير مشروعة في الحالة الثانية. ولذلك قرر صمة الشرط في الحالة الأولى وقرر بقلانه في الحالة الثانية.

مبدأ عدم جواز تغيير الاتفاقات الخاصة بالأنظمة المالية .

أخذ القانون الفرنسى بمبدأ أصلى فيا يتعلق بمشارطات أموال الزوجية وجعل هذا المبدأ متعلقا بالنظام العام كقاعدة عامة . ومؤدى هذا المبدأ المتقدم ذكره أن نظام أموال الزوجية الذى كان قائما وقت انشاء مشارطة أموال الزوجية أو وقت الزواج، إن لم تكن هناك مشارطة ، يظل قائما بداته دون أن يعدل ما يقيت الزوجية قائمة . ويسمى هذا المبدأ عبدأ حمود النظام المالى للزوجين ، أو يعبارة أخرى عبدأ عدم قابلية نظام أموال الزوجين بصرف النظر ويلاحظ أولا أن هذا المبدأ ينسحب على نظام أموال الزوجين بصرف النظر عن مصدوه فهو يطبق على النظام الذى يكون منشؤه مشارطة أموال زوجية، كما يطبق على النظام الذى يكون مستمدا مباشرة من نص القانون حود وهود مشارطة أ

و المقصود بعدم قابلية النظام التغيير هو عدم جواز الاتفاق على تعديل النظام بارادة الروجين . فاذا لم يكن هناك نظام اتفاقى فلا بجوز لهما أن ينشئا نظاما اتفاقي بعد انعقاد الزواج . واذا وجد نظام اتفاقى وجب أن يظل هذا النظام بغير تعديل . وبديمي أن الشارع مملك تعديل النظام بقواعد تشريعية يصدرها كلما رأى ذلك ، ولكن المقصود بالمنع هو خطر اتفاق الروجين على التعديل .

ومبدأ عدم جواز تعديل نظم الأموال الزوجية هذا ليس من المبادئ المصمع علمها في التشريع المقارن؛ فينها يعتبر مبدأ جوهريا من مبادئ التشريع الفرنسي، وبينها يتشبع له القضاء في فرنسا بوجه خاص، يعتبر هذا المبدأ من المبادئ التي أجمع التشريع الألماني والتشريع السويسرى على نبذها . ففي المانيا وسويسرا مجوز الزوجين أن يعدلا بعد الزواج النظام الفانوني الذي مخضعان له أو النظام الإتفاق الذي انفقا على اتباعه عند الزواج . وقضاء الماكم الألمانية والسويسرية مستقر على ذلك . وقد أخذت محكمة استئاف القاهرة مهذا القضاء في حكمها الصادر في ٢٩ يونيو سنة ١٩٥٥ بالنسبة الم زوجين سويسرن .

ويلاحظ أن تمارض التشريعات في هذا الشأن يرجع الى التقاليد أكثر ثما يرجع الى المنطق ؛ فني فرنسا يعتبر نظام الأموال بين الزوجين نظاما اتفاقيا تتحكم الارادة في اختياره ، وكان من المنطقي أن تتحكم الارادة أيضا في تغييره ؛ ولكن الفقه الفرنسي يؤيد ما استقر عليه التشريع الفرنسي مستندا في ذلك أولا الى التقاليد القديمة وثانيا الى أن نظام أموال الزوجية يعتبر ميثاقا عائليا ، فهو ينشأ لا بتراضي الزوجين فحسب وانما بتراضي أسرتين ؛ فأسرة كل من الزوجين تعتبر فى الغالب الشائع طرفا فى مشارطة أموالى الزوجية ولو لم تظهر فعلا فى هذه المشارطة ؛ اذالغالب أن يتم الزواج باتفاق بين أسرتى الزوج والزوجة . وعلى أساس هذا التدليل قبل أن ما نشأ بتراضى أسرتين لا يجوز أن يعدل بتراضى الزوجين وحدهما .

وظاهر أن مثل هذا التدليل ينطوى على قدر غير يسير من الافتمال . الا أن الفقه فى فرنسا يضيف الى ذلك أن مبدأ عدم التغيير محمى الى حد بعيد كلا من الزوجين من تسلط الآخر عليه . فقد يرى أحدهما تغيير النظام باتفاق لاحق وقد يكون هذا الزوج متسلطا على الآخر، وفي هذه الحالة لا يكون أمام الآخر الا أن يقبل التغيير دون مناقشة أو تقدير . وإذا لم يكن أحد الزوجين متسلطا على الآخر، جاز أن يكون طلب التغيير مثارا لنزاع مهدد كيان الأسرة والحياة الزوجية . وفي هذا الجزء الأخير من التدليل قدر من الصواب .

وأخيرا يضيف الفقه الفرنسى الى الحجيج المتقدمة حجة أخرى تتصل باستقرار المعاملات المالية . ذلك أن نظام الأموال الزوجية متصل بالماملات المالية التى تتولد عنها حقوق الغير . ولهذا قبل إن تغيير نظام أموال الزوجية يؤدى الى اضطراب المعاملات والإضرار بالغير . ولكن هذه الحجة الأخيرة تثير صعوبة بمكن التغلب علها ، فن الميسور أن ننظم علائية للتغيير كاهو الشأد في العول التي أباحت التغيير .

ومهما يكن من أمر التدليل النظرى أو التاريخي ، فالظاهر أن الأحمد بمبدأ عبداً عدم قابلية نظام الأموال للتغير أو الأحد بالمبدأ المناقض له تعتبر مسألة تتكيف وفقا للمبول الاجهاعية ، ولتصوير كل بيئة من البيئات لصلات الزوجين ، ولمبلغ استقلال كل من الزوجين برأيه ومبلغ حاجته الى الحماية في الوسط الذي يعيش فيه .

هذا هو مبدأ عدم قابلية نظم الأموال للتغيير . وسنعرض فيها يلى لتطبيقات المبدأ ، ثم لما يدخل فى المبدأ من عناصر المرونة ، وأخيرا نتناول الاستثناءات التي ترد على المبدأ :

(أولا) تطبيقات المبدأ:

يلاحظ أن التطبيقات الرئيسية عكن اجمالها فيا يلي :

١ حدم جواز استبدال نظام أموال زوجية جديد بالنظام القائم
 مقتضى اتفاق خاص .

 ٢ -- عدم جواز تعديل الأحكام الواردة فى نظام أموال الزوجية ولو تعديلا جزئيا بمقتضى اتفاق خاص .

٣ -- عدم جواز احلال نظام زوجية اتفاق محل نظام الزوجية القانونى
 اذاكان الزوجان لم يتفقا على نظام خاص قبل الزواج.

وقد توسع القضاء فى تطبيق المبدأ المتقدم ذكره فأبطل كل اتفاق برمى الله تعديل نظام أموال الزوجية بطريق مباشر أو غير مباشر . والعبرة بالأثر المحمل للاتفاق لا بأثره النظرى . ولهذا استقر القضاء والفقه على عدم جواز انشاء شركة بين الزوجين ، لأن ارتباط الزوجين على أساس عقد الشركة يفضى الى ترتيب مسئوليات مالية على عانق كل مهما ويفضى الى الاخلال عملا يمقومات النظام المللى الذي أختاراه أياكان هذا النظام .

ثم أن القضاء عرض في المناسبة ذائها للاتفاقات الحاصة بالهبات بين الزوجين أثناء قيام الزوجية ، وكانت الهبات بين الزوجية محرمة في القانون الفرنسي من قبل ، وكان المقصود من التحريم هو اخترام مبدأ عدم جواز تغيير نظام الأموال الروجية ، ذلك أن اباحة الهبة تستنبع جواز تغيير نظام الأموال بين الزوجية ، ذلك أن اباحة الهبة تستنبع جواز تغيير نظام الأعراب بين الزوجين أن يهب الآخر ، جعل الرحيع في تلك الهبات .

وقد تناول البحث بعض المسائل التفصيلية فيا يتعلق بتنفيذ المبدأ السابق فأثبرت مسألة جواز أو عدم جواز الاتفاق على أجل فاسخ أو أجل واقف وجواز أو عدم جواز الاتفاق على الشرط الواقف ، فهل بجوز مثلا الزوجين أن يتفقا على تأجيل العمل بنظام الأموال الزوجية الى أن محل تاريخ معن ؟ وهل بجوز لهما أن يتفقا على الماء نظام أموال الزوجية في أجل معن ؟ .

الحواب: أن مثل هذه الاتفاقات تحتر معدلة لأحكام نظام أموال الزوجية، ولذلك لا يعمل بها وتحتر باطلة. وكذلك الشأن فيا يتعلق بالشوط فلا بجوز الزوجين أن يتفقا مثلا على أن مخصما لنظام زوجية معن على أن محل محله نظام آخر فيا لو حدث أمر مستقبل غير محقق الوجود. ذلك أن مؤدى الاتفاق على الشرط أو الأجل في هذه الصور حميما هو تهديل نظام الأموال، إما عن طريق وقف العمل به وإما عن طريق استبدال نظام آخر به ؛ والأمران غير مشروعين .

وأخيرا استقر القضاء على عدم جواز الاتفاق على تعديل القواعد المتعلقة بتصفية نظام أموال الزوجية ما دام النظام قائمًا . على أن هذا لا ينفى أن لأى من الزوجين أن يتنازل الزوج الآخر عن أى مال بعد أن تتحدد حقوقه فى التصفية لآن مثل هذا التنازل مباح يوصفه من ضروب التبرعات أو من ضروب المعاوضات على حسب الأحوال .

(ثانيا) عناصر المرونة التي تدخل في المبدأ :

هذا وقد تسربت بعض عناصر المرونة الى المبدأ السابق والغريب أن القضاء أباح هذه العناصر الى حدممين بالنسبة الى الغير، أما فيها بين الزوجين فهو يتشدد تشددا واضحا . ففي علاقة الغير بالزوجين أبيح للفير أن يتمرع لأحد الزوجين على أن يكون التبرع غير داخل في الأموال المشتركة . كما أبيح للغير التبرع على أن يكون المال المتبرع به مشتركا بين الزوجين .

وما من شك فى أن مما يصدر من الغير من تصرفات يعدل فى النظام المالى بين الزوجين ، ولكن الاعتبارات العملية هى التى حفزت القضاء على الاقرار بصحة هذه التصرفات اذ لو تقرر المنع لما ارتضى المتبرع أن بهب المال .

أما فيا يتعلق بعناصر المرونة التى تدخل على المبدأ في صلة المتعاقدين ببعضهما ، فيلاحظ أن التشريع والقضاء ينزلان عند حكم الضرورات العملية. فرغم أن الأصل هو حرية التعاقد بن الزوجن ، الا أن التبايع بيهما بمنوع رعاية لمبدأ عدم جواز تعديل نظام أموال الزوجية بين الزوجين . ولكن فيا عدا البيوع المعنوعة ، تقررت استثناءات تنطوى على أكرقسط من المرونة. فن ناحية أبيحت الهبات بين الزوجين وفقا لأحكام التعديل التشريعي الأخير ؛ وما من شك في أن هذه الاباحة تفضى الى تعديل النظام . ومن ناحية ثانية أقر القضاء ومن بعده التشريع صحة النيابة بين الزوجين ، يممى أنه يجوز لاحد الزوجين أن يقم الآخر وكيلا عنه صراحة أو ضمنا فيا يسمى بشنون الروجية أو الشنون المرلية ؛ فالزوجة مثلا قد تباشر سلطات الزوج على أموال الزوجية عن طريق التوكيل ، وبديني أن هذه الوكالة تؤثر تأثيرا بليغا في نظام أموال الزوجية ، اذ يجوز على أساسها الزوجة أن تباشر حق الانتفاع المقرر للزوج على أموال الزوجية .

وأخيرا جمل للزوجة أن تتصرف في حساب جار يفتح باسمها مع أن فتح الحساب الجارى وتسليط الزوجة عليه قد يؤدى عملا الى تعديل النظام المالى بن الزوجن ؛ ولكن الزوجة تستطيع أن تتصرف في الحساب دون أن تسأل عن مصدر المال الذي يفذى هذا الحساب .

هذه هى حدود المبدأ من حيث التطبيق ومن حيث ما ينطوى فيه من عناصر المرونة ، ولكن هذا المبدأ نخضع لاستثناءات تتضمن خروجا سافرا على أحكامه .

﴿ ثَالَتًا ﴾ الاستثناءات التي ترد على المبدأ :

١ حالة الانفصال الجسيانى أوالتفريق البدئى: اذا تم التفريق البدئى بن الزوجين اعتبر ذلك عنابة توقف للحياة الزوجية ولهذا يقرر المشرع أن فصل الأموال يقع محكم القانون ويتعين تصفية النظام المالى وقت تحقق التفريق البدئى. وهذا الاستثناء يسرى بداهة أثناء قيام الزوجية ولو أنها موقوفة ، كما أنه يؤدى الى الاستعاضة عن النظام السابق ، أياكان نوعه ، بنظام فصل الأموال. واذا عادت الزوجية سيرتها الأولى بعد التوفيق بين الزوجين يعود الهما نظامهما المالى السابق كماكان دون تعديل .

٢ - جعل القانون الزوجة أن تطلب فصل الأموال ممقتضى حكم يصدر
 من القضاء اذا توافرت شروط يتحقق معها ضرر قيام النظام المالى السابق

بن الزوجين . ويلاحظ أن الفصل في هذه الحالة لا يقع باتفاق الطرفين وأنما يقع محكم من القضاء. واشتراط الحكم في هذه الحالة يعتبر من قبيل الضيانات .

س حالة الطلاق: اذا وقع الطلاق بن الروجين انهى النظام المالى السابق ، فان عادا الى الروجية من جديد بعقد جديد جاز لهما وفقا للتعديل الأخير فى القانون الفرنسى أن نختارا نظاما جديدا للأهوال . ولم يكن يباح للروجين ذلك قبل التعديل الجديد وذلك خشية التحايل على الجدأ نفسه من طريق الطلاق ثم الهودة الى الحياة الروجية بعقد جديد . وقد صح فعلا ما توقعه الفقهاء والقائمون على تطبيق القانون اذ انضح أن عددا غير يسير من حالات الطلاق ثم فى السنوات الأخيرة كوسيلة لتعديل النظام الملك بين الروجين . وغذا بدأت الجمعيات التشريعية تتجه الى المناداة بتحريم اختيار نظام أموال جديد فى حالة المودة الى الزواج بعقد جديد بعد طلاق ثم بالفعل .

٤ ــ وأخيرا يقع فى الحالات التى يقفى فها ببطلان الزواج أن تبطل أيضا مشارطة أموال الزوجية : قاذا عاد الطرفان الى الزواج بعقد جديد كان لهما مطلق الحرية فى اختيار نظام مالى جديد . وليس هذا فى الواقع من قبيل الانتثناء لأن البطلان يزيل أثر الزواج والمشارطة فى آن واحد .

المشارطة المالية من حيث الشكل:

يشترط فى مشارطة أموال الزوجية من حيث الشكل توافر أوضاع معينة فهى أولا عقد رسمى ، وهى من ناحية ثانية عقد بجب أن يم شهره وفقا للأحكام المقررة فى القانون .

(أولا) الرسمية :

يشترط فى مشارطة أموال الزوجية أن تفرغ فى الشكل الرسمي ، والرسمية هنا ركن من أركان العقد فهى ليست بجرد شرط فى الاثبات ، فاذا لم تفرغ المشارطة فى الشكل الرسمي كانت باطلة بطلانا مطلقا . وترجع العلة فى اشتراط الرسمية الى رغبة المشرع فى هماية العاقدين من طويق وجود مرجع يثبت فيه أصل المشارطة وبرجع اليه فيا لو فقدت صورتها ، كما أنه برجع كذلك الى الرغبة فى حماية الغير ، هذا فضلا عن أن فى اشراط الرسمية ما يتيح استمانة الماقدين بالموثق الرسمي وهو خبير بصياغة المقود وضبط معانها . ومن أجل ذلك جعلت الرسمية ركنا من أركان عقد النظام المالى أو المشارطة المالية .

ومعى الرسمية في هذا الصدد هو المعى المألوف، أي أن يتلقى العقد موثق رسمي ويقوم باثباته وفقا للاجراءات المقررة في القانون. الا أن الرسمية في مشارطة أموال الزوجية تخضع لقاعدة أصلية تستقل بها دون غيرها من العقود، وهذه هي قاعدة وحدة عقد الزواج أو وحدة مشارطة أموال الزوجية ؟ فلا بجوز أن تتعدد الوثائق المكونة لهذه الوحدة أوأن يتعدد المرثقون اللذين يتلقون تلك الوثائق. ذلك أن القانون يقصد الى أن تثبت المشارطة في وثيقة واحدة حي تكون مرجعا للطرفين وللغير على حدسواء، فلو تعددت الوثائق لانتفى مقصد الشارع ولهذا طبق مبدأ الوحدة تطبيقا ماديا دقيقا ويكاد يكون هذا المبدأ امتدادا ماديا لمبدأ عدم جواز تغير نظام أموال الزوجية.

الا أن هذا المبدأ رد عليه استثناء وحيد في الحالة التي تتم فيها مشارطة أموال الزوجية ويراد قبل الزواج ادخال تعديل عليها ، فمن الواضح أن المشارطة قبل الزواج لا تكون نافذة ، وقد تمضى فترة طويلة بين انشأئها وبين اتمام الزواج ، وفي هذه الفترة قد يتمق الطرفان على ادخال تعديل على المشارطة ، وقد أبيح ذلك ممتضى ما يسمى بورقة الصد ، ولا يقصد بالاصطلاح في هذا الشأن مفهومة المعروف في الصورية ، واتما يقصد بورقة الضد كل عمرر يتضمن تعديلا أو اضافة الى شروط المشارطة التي تمت الضد كل عمرر يتضمن تعديلا أو اضافة الى شروط المشارطة التي تمت الزواج فلا محل لورقة الضد ، اذ أن نظام أموال الزوجية ممتنع تعديله بعد اتمام الزواج ؟ ويظل كذلك طيلة أيام الزوجية .

على أن القانون يشترط لصحة الاتفاق الوارد فى ورقة الضد شروطا معينة كما أنه يشترط شروطا أخرى لسريانه فى حق الغىر . فقيا يتعلق بالصحة يشرط أن تفرغ ورقة الضد في الشكل الذي يشرط أن يم الاتفاق توافره بالنسبة الى المشارطة ذاتها . ومن ناحية أخرى يشرط أن يم الاتفاق في ورقة الفيد بين حيع الأطراف الذين حضروا مشارطة انشاء النظام ، ويستوى في هذا الزوجان والوالدان والأقارب والواهبون وكل شخص آخر ممن كان طرفا حقيقيا موقعا على المشارطة . وبديمي أن من أثبت حضوره في المشارطة ووقع عليها على سبيل التشريف فحسب لا يعتبر طرفا فيها ، ولذلك لا يشرط حضوره بالنسبة الى ورقة الضد .

فاذا تخلف شرط من هذين الشرطين كانت ورقة الضد باطلة وكان البطلان أصليا .

أما فيا يتعلق بسريان ورقة الضد فى حتى الفر، فقد اشرط القانون أن حرر مضمولها فى ذيل عقد الرواج نفسه حتى يستطيع من يطلع على عقد الزواج العلم بورقة الفحد باعتبار أن مضمولها لا يعدو أن يكون اتفاقا معدلا . وهذا الالزام يقع على عائق الموثق نفسه فن واجبه أن يثبت ورقة الفحد عند الزواج وأن بجعل من العقد والورقة محررا متصلا يتحقق فيه معنى الوحدة ، فاذا تحلف هذا الشرط كان من حتى الغير أن يغفل التعديل ، وكان من حتى الغير أن يغفل التعديل ، وكان من حقه أن يعد عاجاء فى مشارطة أموال الزوجية فحسب .

(ثانيا) الشهر :

لم تكن مشارطة الزوجية تشهر فى بادئ الأمر وذلك بسبب انحصار المحاملات وذيوع مضمونها عملا بين المتوطنين فى قرية أو فى قسم من أقسام المدينة ، ولكن ازدياد السكان وتعقد المعاملات أدى الى تفكير المشرع الفرنسي فى وضع نظام خاص لشهر مشارطات الزوجية بعد أن كان شهر هذه المشارطات قاصرا على التجار وبعد أن كان الشهر بالنسبة الى التجار قاصرا على اللصق .

وقد أخذ فى نظام الشهر برأى أستاذ قانونى وما زال يطبق عملا حتى الآن؛ فقد ذهب هذا الفقيه الى أن الشهر يتحقق من طريق ادراج بيانات معينة فى سحل الزواج الذى محرره مأمور الحالة المدنية فى سحلات الحالة المدنية . ولهذا مجرى العمل على أن محصل الزوجان على شهادة من الموثق بأسها عقدا مشارطة أموال الزوجية فى تاريخ معن وحررت لدى محرر معن واتبعت فيها اجراءات معينة . وهمله الشهادة هى التى يدرج مضمونها فى سحل الحالة المدنية عند اثبات الزواج فيه ، ولذلك تكون وسيلة عملية من الطراز الأول.

الأأن نظام الشهر وان تقرر على الوجه المتقدم فلم يشرع له جزاء يتمشى مع طبيعته ، فقد كان من المنطقى أن يكون جزاء اغفال الشهر هو خضوع الزوجين المنظام القانونى للأموال ؛ ولكن المشرع الفرنسى لم يتمشى مع هذا المنطق ، وانما وضع جزاء آخر مؤداه أنه اذا لم يحصل الشهر تعتبر الزوجة أهلا التصرف قصد به صيانة مصلحة الغير فى حالة واحدة هى حالة البائنة ؛ فالبائنة تعتبر مالا لا يقبل التصرف. واذا لم يتم شهر المشارطة المنشئة البائنة ترتب على ذلك اعتبار تصرفات الزوجة فى البائنة صحيحة . ولهذا يتحرز المتعاملون مع زوجين لا تكشف السجلات عن وجود نظام اتفاق لهما ويتطلبون دائما توقيع الزوجين .

على أن الجزاء الذى شرعه القانون لا يطبق الاحيث يكم الزوجان عن الغير نظامهما المالى ؛ فان جهرا جذا النظام وأنبأ الغير على حقيقته فلا يطبق الجزاء ولو لم يكن الشهر قد تم، ومن هذا يتضح أن الشهر شرع لمصلحة الغير.

وأخيرا أبقى المشرع على النزام التجار بشهر مشارطات الزوجية ، ولهذا يلتزم التاجر بالشهر فى دفتر أو سحلات الحالة المدنية والسجل التجارى ، كما يلتزم باتحاذ اجراءات الشهر فى قانون التجارة .

الأهلية :

تحضع أهلية انشاء مشارطات أموال الزوجية لقواعد استثنائية لها يعررها في نطاق العمل. والقاعدة أن من كان أهلا للارتباط بالزواج كان أهلا للارتباط عشارطة أموال الزوجية . على أن هذه القاعدة وما يرد علمها من استثناءات ما يزالان بحاجة الى قسط من التفصيل ، وفي هذه المناسبة ينبغي أن نواجه مبدأين أساسين :

أولهما : مبدأ وجوب مباشرة الزوجين بنفسهما لمشارطة أموال الزوجية . فالأصل في التصرفات أنه بجوز للعاقد أن يباشرها بنفسه أو بوكيل عنه أو أن بجيزها اذا عقدت لحسابه بطريق الفضالة أو بطريق التعهد عن الغير ، الا أن هذا الأصل لا بجرى على اطلاقه في شأن مشارطة أموال الزوجية ، فالقانون عم مبدئيا أن يتولى كل من الزوجين الاعراب عن ارادته بشخصه هو . ذلك أن المشارطة تعتبر كما قلمنا ميثاقا للأسرة وتعتبر موطنا لنظام مالى قد يدوم أبد الحياة ، ولهذا كان من المنطق أن يتشدد الشارع ويتطلب العاقد بنفسه . الا أنه رؤى من قبيل التيسير اباحة النيابة في انشاء مشارطات الزواج ولحكن بقيدن جوهرين :

أن يتخذ التوكيل الشكل الرسمي وذلك طبقا لقاعدة وجوب افراغ
 التوكيل في الشكل الرسمي كلماكان العقد المراد ابرامه عقدا رسميا

 ٢ - أن يتضمن التوكيل جميع الشروط التي تشتمل عليها مشارطة أموال الزوجية .

وعلى هذا النحو يتضح أن النائب فى هذه الحالة ليس بنائب بالمعنى الدقيق وأنما هو مجرد مفوض (أو رسول) بالتوقيع ؛ اذ أنه لا يملك سلطة تصريف الأمور أو تقدر ما ينبغي أن يقبل أو برفض من تلك الشروط .

أما مشارطة انشاء الزوجية التي ينشها الغبر، كالوالدين مثلا، على سبيل الفضالة أو على سبيل التمهد عن الفبر، فتعتبر باطلة ولا تكون محلا للاجازة عالى من الأحوال، ولو أن العمل قد جرى في جنوب فرنسا على ارتباط الأبرين مقدما بما يسمى بعقد الحطبة وهو يتضمن عادة شروطا للنظام المالى بين الزوجين . وكانت محكمة الاستئناف في جنوب فرنسا تقر صحة هذه العقود وتقر صحة اجازتها ، الا أن محكمة النقض استقرت على أن مثل هذه العقود لا تجوز أن تكون محلا للاجازة بحسباتها عقودا باطلة بطلانا أصليا ، ومن المعلوم أن الاجازة لا ترد الاعلى عقد لا يشوبه بطلان مطلق .

هذا هو المبدأ الذى يقضى بوجوب مباشرة الزوجين شخصيا لمشارطة إنشاء نظام أموال الزوجية ، فاذا لم يباشر أحد الزوجين أنشاء المشارطة بتقسه أو بوكيل فوضه فى ذلك تفويضا خاصاكانت المشارطة باطلة . بقي أن نبن القواعد الخاصة بتعين أهلية كل من الزوجن لانشاء المشارطة . والأصل أنه يشترط في هذه المشارطة توافز أهلية التصرف ؛ ولكن يستثنى من ذلك القاصر الذي يكون أهلا للارتباط بالزواج . فالقانون الفرنسي ببيح للقاصر الذي لم يبلغ الحادية والعشرين أن يتزوج . فاذا كان أحد الزوجين أهلا للزواج رغم أن سنه لا تؤهله للتصرف كان أهلا فى الوقت نفسه لَأَن ينشئ مشارطة أموال الزوجية ، ولكن يشترط في هذه الحالة أن يوافق على المشارطة من يشترط رضاؤه بالنسبة لزواج القاصر . والأصل أن القاصر يستطيع أن يتزوج برضاء والديه أو جديه ، وفي حالة عدم وجودهما برضاء مجلس الأسرة ، وعلى هذا النحو يكون القاصر الذي يتعاقد ويرتبط بعقد منظم لأموال الزوجية أهلا لانشاء هذا العقد ما دام قد حصل على رضاء أحد أبويه أو أحد جديه أو رضاء مجلس الأسرة . وكان الفقه القدم يَّزَمَتُ في إعمال هذه القاعدة ، فكان يشترط وجوب تدخل الأب أو الجد شخصيا ، ولكن العمل جرى على اجازة تفويض الأب أو الجد شخصا آخر على أن يكون سند التفويض رسميا ومشتملا على جميع شروط مشارطة نظام الزوجية . وبدسي أنه في الحالة التي يتطلب فها القانون موافقة مجلس الأسرة لا يتصور أن ينتقل مجلس الأسرة بأسره برياسة قاضي المصالحات الى الموثق. ولهذا جرى العمل على أن تعرض شروط المشارطة على المحلس، وأن يقر المحلس هذه الشروط ، ثم ينيب عنه من يحضر انشاء المشارطة ليثبت رضاء المحلس .

فكل قاصر يتوافر فيه السن الذى يؤهله الزواج يكون فى الوقت نفسه أهلا للارتباط بمشارطة أموال الزوجية متى حصل على الموافقة على هذه المشارطة بمن تكون موافقته على الزواج ضرورية وفقا لأحكام القانون . ويلاحظ أن المشرع الفرنسى لم يشترط فى هذه الحالة موافقة ولى القاصر أو وصيه الذى ينوب عنه ويقوم مقامه فى التصرفات المالية . وتدخل الأب فى هذه الحالة لا يقع بوصف الأب وليا على المال ، واتما يقع بوصف وليا على المفلى .

ويوجه الفقه هذا الوضع بأن المشارطة تحتر عقدا تابعا لعقد الزواج ؛ فلا بجوز أن يوافق عليها الا من يشرط القانون موافقته على عقد الزواج ؛ أما ولى المال أو وصى المال فلا شأن له مهذه المشارطة بالنسبة الى القاصر . ويرتب الفقه والقضاء فى فرنسا على ذلك أن الأب يستطيع أن يوافق على المشارطة ولو كانت مصلحته تخالف مصلحة القاصر استثناء من قاعدة عدم جواز مباشرة الولى للعقد فى حالة تضارب المصالح ؛ وسنده فى ذلك أن الأب لا يوافق علما بوصفه وليا للمال بل يوافق علما بوصفه وليا للنفس : هذا هو مركز القاصر .

وقد عرض القضاء لمركز السفيه ومركز المحجور عليه : ففها يتعلق بالسفيه يعتىر السفيه أهلا للارتباط بالزواج دون حاجة الى مساهمة مساعده القضائي في ذلك. والغريب أنه لا يوجد نص يتناول أهلية السفيه فها يتعلق عشارطة أموال الزوجية ، وقد قضت مجاكم الاستثناف فى فرنسا بأن القاعدة التي تقضى بأن من كان أهلا للارتباط بالزواج يعتمر أهلا للارتباط بمشارطة الزواج لا تسرى فى شأن السفيه . الا أن محكمة النقض قضت بالغاء قضاء المحاكم الاستثنافية وأعادت الدعاوى لهذه المحاكم للفصل فها ، فأصرت محاكم الاستثناف على رأيها ثم عرض الرأى على الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية فقضت باقرار رأى محاكم الاستثناف . وعلى أساس هذا القضاء يشترط فيا يتعلق بالسفيه أن يوافق المساعد القضائى على مشارطة أموال الزوجية والآكانت باطلة ، والبطلان هنا جوهرى . وقدكان سند المحاكم الاستثنافية فى فرنسا أنه لا مجوز أن تقاس حالة السفيه على حالة القاصر ، ذلك أن القاصر يعينه في عقد الزواج أبوه أو جده أو مجلس الأسرة وفي هذه المعونة يتوافر ضهان يكفل له الحماية . أما السفيه فله أن ينزوج دون معونة أحد ومشارطة أموال الزوجية تصرف مالى له خطر كبير، ولذلك ينبغي أن يوجد من يعاون السفيه في ابرام تلك المشارطة. ولهذا السبب اشترط تدخل المساعد القضائى ، فاذا لم يتدخل المساعدالقضائى لمعاونة السفيه كان عقده المتعلق بالنظام المالى باطلا وسرى عليه النظام القانونى لأموال الزوجن . ولهذا أقر الفقه العقود التي يعقدها السفيه دون تدخل المساعد القضائي مى قصد مها اختيار النظام القانوني لأموال الزوجية ، وكذلك أقر صحة هذه العقود أذاكان من شأنها التخفيف من قيود النظام القانوني .

بنى المحجور عليه وهو المصاب بآفة تذهب بالعقل (المحنون) ، ومن المسلم فى فرنسا أن للمجنون أن يعقد فى فترات إفاقته عقد الزواج ، وقد جرى القضاء على اشتراط توافر رضاء تيم المحنون بمشارطة أموال الزوجية على نحو اشتراط رضاء المساعد القضائي بالنسبة للسفيه .

جزاء مخالفة الاحكام الآمرة المتعلقة بانشاء المشارطة أو بتغييرها .

قد تتخذ المخالفة صورة الحروج على قواعد النظام العام أو الآداب أو على قواعد النظام العام أو الآداب أو على قواعد الأهلية ، مثل ذلك أن ينص فى المشارطة على نظام معن التوارث أو ألا يتخذ الشكل الرسمى أو أن تصدر من غير ذى أهلية أو أن تتناول تغيير نظام الأموال بعد اتمام الزواج ، وفى هذه الصور جميعا تعتبر المشارطة باطلة بطلانا مطلقا . وقواعد البطلان هذه تثير اشكالين رغم وضوحها :

قن ناحية أولى : قد يعقد القاصر مشارطة أموال الزوجية قبل أن يكون قد اكتمل السن الذى يؤهله للزواج ، فى هذه الحالة استقر القضاء على بطلان المشارطة بطلانا جوهريا وعلى عدم جواز اجازتها عند ما تتوافر للقاصر السن الذى يؤهله للزواج . ولم يستن القضاء من هذا المبدأ الا الحالة الى لا تؤثر فها أهلية الزواج بسبب مانع مؤقت غير مانع السن كمانع المصاهرة أو قيام عدة المطلقة ، فى هاتين الحالتين أقر القضاء صحة مشارطات الزوجية رغم وجود المانع المؤقت وفيا عدا تلك الحالات اعتبر القضاء أن توافر الأهلية .

ومن ناحية ثانية : الاشكال الحاص بعيوب الرضا ، فالأصل أن كل تصرف من التصرفات مجوز أن يكون علا لفلط أو اكراه أو تدليس أو استغلال ، والأصل أن عيب الرضاء مجعل العقد قابلا للابطال ، الا أنه تعرض بالنسبة للزواج مسائل شائكة ، فالتدليس مثلا لا يعتبر من عيوب الرضاء بالنسبة الى الزواج نفسه فهل يعتبر عبيا بالنسبة الى مشارطة أموال الزوجية ؟.

يقول الفقه أن مشارطة أموال الزوجية مشارطة مالية ، ولذلك مجوز أن تكون محلا للطعن بعيوب الرضا ولو أن هذه العيوب غير محتملة بسبب تدخل الأسر واتمام العقد في صورة رسمية .

ورغم أن من الواضح أن مشارطة أموال الز وجية قد يشوبها عيب من عيوب الرضاء ، ورغم أن من الواضح كذلك أنها قد تصدر عن ناقص أهلية فقد مر الفقه الفرنسي في شأن بطلان هذه المشارطة بمرحلتين :

في مرحلة أولى طبق الفقه على مشارطة أموال الزوجية المعايير التقليدية في البطلان ؛ ومؤدى هذه المعايير أنه اذا تخلف ركن من أركان العقد في حكم الواقع فالبطلان مطلق ، واذا شاب الرضاء عيب من العبوب أو صدر الرضاء عن ناقص أهلية فالبطلان نسبي . ومن المعلوم أن البطلان النسبي ترد عليه الاجازة وبذلك يستطيع من صدر البطلان لمسلحته أن يجز العقد القابل للابطال وبذلك يزول الخطر الذي يتهدد العقد . في القانون المصرى وعشر سنوات في القانون الفرنسي ، على أن الفقه في فرنسا في القانون المصرى وعشر سنوات في القانون الفرنسي ، على أن الفقه في فرنسا وان كان قد أعمل المحايير العامة في البطلان الا أنه لم يجمل مدة الاجازة بالنسبة الى القاصر تبدأ من تاريخ بلوغه سن الرشد بل جعل هذه المدة تبدأ من تاريخ الناء النظام المالى ، وفي هذه الملاحظة ما يكشف عن تحرج الفقه من طرد القاعدة العامة .

وفى مرحلة ثانية اتجه القضاء اتجاها عنيفا واستقرت أحكام المحاكم على أن البطلان بالنسبة الى مشارطة الرواج لا يكون الا مطلقا يستوى فى هذا أن يكون السبب تخلف ركن من أركان المقد أو أن يكون السبب عيا فى الرضاء أو نقصا فى الأهلية . وازاء استقرار القضاء على هذا المذهب بدأ الفقه يعدل عن موقفه وأعنتق رأى القضاء مذهبا جديدا . وقد استند الفقه في ذلك الى سبين، أحدهما عملي والآخر فقهي :

فن الناحية العملية استند الفقه الى أن مشارطة أموال الزوجية لا تقبل التغيير ، فلو أبيح لمن يتمسك بالبطلان النسبي أن يبطل المشارطة انفسح بذلك عجال الادعاء بالبطلان ولومن طريق التواطؤ أو التراضي. وجهذا ينفسح المجال للتجلل من مبدأ عدم جواز تغير النظام المالى أثناء قيام الزوجية .

ومن ناحية أخرى لاحظ الفقه أن نظام أموال الزوجية،ولوأنه يم بطريق التعاقد، الا أنه لايعتبر عقدا بالمعبى المفهوم من العقود وانما هو وضع تنظيمى تتصل به مصالح الغير ، ولا يتسبى تأمن هذه المصالح فيها لو أبيع العسك بالبطلان خلال سنوات عشر .

وعلى أساس هذين السبين استقر الأمر لمذهب القضاء واضحى هذا المذهب محل اجماع الفقه رغم انتقاء الفقه له من الناحية النظرية البحتة. ويتفرع على هذه النتيجة أن الحسك بالبطلان النسبي في مشارطة أموال الزوجية لا يكون وقفا على من شرع البطلان لمصلحته ، بل مجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به ، وكذلك لا يقبل أن يكون المقد القابل للابطال عملا للاجازة ، وأخبرا لا يسقط حتى العملك بالابطال عمرور عشر سنوات.

هذه هي القاعدة الحاصة بالبطلان . والغريب أن هذه القاعدة حملت بعض المفسرين والفقهاء على المطالبة بتعديل نظرية البطلان تعديلا يعتد فيه بنتيجة البطلان لا بسببه ، ولذلك يتجه الأستاذ ربير الى أنه " اذا انفصح أن المقصود من الجزاء هو حماية مصلحة عامة وجب أن يكون البطلان مطلقا أياكان مصدره ، واذا انضح على النقيض أن المقصود حماية مصلحة خاصة وجب أن يكون البطلان نسيا " .

وأياكان وجه الرأى فى هذا الاتجاه الجديد، فمن الواضع أنه اذا تحقق بطلان مشارطة أموال الزوجية فان هذا البطلان يستتبع اما بطلان وزوال نظام الأموال الزوجية فى جملته ان كان سبب البطلان راجعا الى بطلان عقد الزواج نفسه،واما تطبيق نظام أموال الزوجية الفانونى على الزوجين اذا كاف الزواج لا يزال قائما رغم بطلان المشارطة .

على أنه يلاحظ أن بطلان مشارطة أموال الزوجية لا يعى بطلان هميع الاتفاقات قائمة وتوافرت الاتفاقات المتم وتوافرت شرط صحمها ، ويتم ذلك تطبيقا للقواعد المتملقة باقتصار العقود أو انتقاصها ، أو تطبيقا للقواعد المتعلقة بانقلاب التصرفات أو تحويلها . فثلا لو فرض أن مشارطة أموال الزوجية تضمنت هبة وتوافرت شروط صحمة الهبة فلا يؤدى ابطال المشارطة الى ابطال هذه الهبة . وكما هو الشأن مثلا فها لو كانت الهبة متعلقة بمنقول وتمت بالقبض فى مناسبة انشاء المشارطة المباطلة . ومنا هذا الحل معقول لأن بطلان المشارطة الإعلام أن تتخلف عما تصرفات صحيحة تتوافر فهاكل شرائط الصحة التي يتطلبها القانون .

والظاهر أن الاحاع منعقد على النتائج التى انبينا الها من قبل ، الا أن الفقه بضيف الها أنه عند ما يكون بطلان المشارطة نسيا فليس هناك ما منع الزوجين من تنفيذ هذه المشارطة برضائهما عند انباء الزوجية ، ومثل هذا التنفيذ لا يعتبر اجازة للمشارطة أو تصحيحا لها وانما يعتبر مجرد رضاء ضمني بأسس جديدة التسوية أو التصفية ، ومن المعلوم أن الزوجين مطلق الحرية في التراضى على أسس التسوية أو التصفية التي يقصد بها الهاء النظام المالى.

الحبث التاني فى النظم المختلفة التى يجوز أن تكون محلا للشارطة المطلب الاول فى نظام البائنة أو الدوطة

يقصد بالباثنة كل مال يقدم لمصلحة الزوج ويمحمص للانفاق على شئون الزوجية .

والواقع أن كلا من الزوجين يأتى عند بدء الزوجية بمال ، وهذا المال يسمى حصة apport . والحصة اصطلاح يستعمل بالنسبة الى الشركات ، فكل ما يقدمه الشريك لكي يدخل فى تكوين رأس المال يسمى حصة . بيد أن الفارق بين الشركة ونظام أموال الزوجية هو أن ملكية الحصة تنقل من الشريك الى الشركة ، أما فى نظام أموال الزوجين فالذى يطرأ على الحصة من تعديل هو أنها تخصص لأغراض النظام المالى للزوجين . وعلى هذا النحو يفضى النظام المالى الى تخصيص حصص الزوجين لفرض معين ، وهذا التخصيص هو الذى تنفاوت النظم فى ظله .

فالدوطة أو البائنة هي مال يتم النبرع به لأى من الزوجين لكي يكون حصة له تحصص لأغراض الزوجية ، وهذه الحصة تكون في ظل نظام البائنة غير قابلة للحجز وغير قابلة للتصرف وغير قابلة للتقادم والانتقال الى الغير .

وكان العرف قدعا في بعض أجزاء فرنسا يقضى بالزام الوالدين بالتبرع للأولاد عند الزواج تمشيا مع بعض التقاليد التي جرى عليها القانون الروماني ، ولكن هذا العرف لم يكن عاما ولذلك عدل عنه وتقرر مبدأ حرية الوالدين في تقديم البائتة أو الأحجام عن تقديمها في القانون الفرنسي الحديث، ونص صراحة على أنه لا يجوز للاولاد أن يرجعوا بدعوى من الدعاوى على الوالدين لالزامهما بتقديم البائنة . والشائع الفالب أن البائنة تقدم للبنت أى للزوجة باعتبار أن الروجة لا تستنفذ في تثقيفها وتربيبها ما يستنفذه الذكور وباعتبار أن البائنة لاتعلو ان تكون جزءا معجلا من نصيب البنت في المبراث. اذ تنفق هذه الطبقات في تربية البنت ما لا يقل عما تنفقه في تربية البنن وقد دعا الى ذلك تزول المرأة الى ميدان العمل . وعلى هذا الأساس يرى الولدان أن تأهيل الأثنى العمل قد يكون أفضل من ادخار مال لها الأن عملها قد يدر علمها الأن عملها .

الا أن بيان التطور التاريخي لمركز البائنة في المحتمع الفرنسي لا ينفى أن البائنة نظام مقرر في فرنسا وأن للوالدين حرية التبرع بالبائنة لأولادهم عندالزواج .

وقد انتقد نظام البائنة وقبل أن هذا النظام مجمل الأزواج أكثر اقبالا على الموسرات اللاتى يكون في وسع آبائهن أو امهائهن تقديم بائنة تكفل ثروة للزوج ، وسهذا يدخل في الزواج عنصر اقتصادى أو عنصر من عناصر الترغيب المادى ؛ مثل هذا العصر ينبغي أن يظل بعيدا عن نطاق الزواج حيى يكون اقرانا روحيا بين شخصين تقصد به أغراضه الاجهاعية دون أن يكون مصدوا للكسب .

وأياكان وجه الرأى في مثل هذا النقد، فن المحقق أنه لايخلومن الاسراف. ذلك أن من المشاهد في اللمول التي لم تأخذ بنظام البائنة أن اقبال الذكور على الزواج من المائلات الموفورة اليسار ظاهرة توجد في جميع الجماعات، وقد يكون في تنظيم البائنة تنظيم جزئى لهذه الظاهرة حيث ينقطع كثير من الحداع وتستقر الأمور بين الزوجين على أساس معلوم.

على أنه براعى أنه ليس من الضرورى أن تقدم البائنة من أحد الوالدين أو الأقارب ، بل قد تقدم البائنة من أجني عن الزوجين كرجل من رجال الحبر أو صديق للأسرة أو غير ذلك . وعلى هذا النحو يتضبح أن البائنة قد تقدم من أحد الأبوين وان علا أو من الأبوين مجتمعين كما أنها قد تقدم من أجنى .

والأمر الجوهرى فى البائنة أياكان مقدمها أنها تنطوى على معنى النبرع ولكها لاتعامل معاملة التبرعات من كل وجه،ولهذا يعتبر انشاء البائنة تصرفا من طبيعة خاصة .

طبيعة التصرف الخاص بانشاء البائنة:

من الواضح أن من يقدم البائنة الزوجة على سبيل التبرع انما يعقد تصرفا من التصرفات التي لا محصل من ورائها على مقابل ، ومن الواضح كذلك أنه لا يوجد الزام يفرض على أى من الواللين أن يقدم البائنة ، وقد كان في الوسع أن تؤدى هاتان الحقيقتان الى القطع بأن انشاء البائنة هبة سافرة ينبغي أن تستوى شرائط الهبة وأن تخضم للأحكام المتعلقة بالهبات من كل وجه. ولكن القضاء الفرنسي استقر على أمرين مختلفان عن الحقيقتين المقدم ذكرهما بإرويتعارضان معهما. الآمر الأول: أن القضاء الفرنسي اعتبر أن انشاء البائنة يعتبر وفاء بالترام طبيعي متى كانت البائنة مقدمة من الوالدين

الآمر الثانى: أن القضاء الفرنسى اعتبر أن انشاء البائنة ليس من قبيل التبرع البحت وانما هي معلوضة من وجه

فغيا يتعلق بالأمر الأول قضت محكة القض الفرنسية بأن تقديم البائنة من أحد الوالدين لا يعتبر مجرد تبرع بل هو وفاء بالنزام طبيعي ، ذلك أن الوالدين يلتزمان دون جزاء من القانون بتقديم معاونة لأولادهما بهي للأولاد حياة زوجية مستقرة . واذا كان هذا الالتزام غير مكفول عبزاء من القانون فهو من قبيل الالتزامات الطبيعية التي تفرضها الروابط العائلية والاعتبارات الاجتماعية . وقد ناصر الفقه محكة النقض فها ذهبت اليه ولو أن فريقا منه لا يقر هذا المبدأ ، وسند هذا الفريق أنه لا يفهم أن يكون التبرع مستندا الى التزام طبيعي ولا سها متى كان القانون نفسه قد أنكر على الأبناء حتى الزام الآباء بتقديم البائنة . وظاهر أن المذهب الفالب في فرنسا يعتد في تصويره هذا بالتقاليد الاجتماعية . ويترتب على هذه المقدمة نتائج سنعرض لها عند الكلام عن آثار انشاء الدوطة .

أما عن الأمر النافى فقد أثير خلاف فيها يتعلق بتمحض انشاء الدوطة لفكرة التبرع ، ولكن القضاء والفقه أحما على أن الدوطة ليست تبرعا من كل وجه ، اذ أن تقديم التبرع يقابله النزام من الزوج أو الزوجين بالانفاق فى شئون الزوجية والتحمل بأعباء مالية فى سبيلها ، ولهذا لا يكون انشاء الدوطة بجرد هبة بسيطة ، يستوى فى هذه الناحية أن تكون البائنة مقامة من الأبون أو من أجنى عن الأسرة .

وعلى هذا الأساس يجتمع فى البائنة عنصران هامان ، عنصر الالتزام الطبيعى الكائن فى أساس تقديمها وعنصر المعاوضة المتصل بارتباط الزوج بالحياة الزوجية واعبائها . وعلى أساس هذين العنصرين تتفرع نتائج أهمها : (أولاً) أن قوائد البائنة تسرى من وقت الزواج ما لم ينص على غيز ذلك.

(ثانیا) أنه لا بجوز الرجوع فی الباتنة بمن قدمها علی أساس التنكر أو انكار الجمیل ، ذلك أن الباتنة تعتبر وفاء لالتزام طبیعی بالنسبة الوالدین وتعتبر بوجه عام معاوضة من وجه بالنسبة الى كل من يقدمها .

(أالثا) استقر القضاء الفرنسى — رغم معارضة شديدة من الفقه — على أن الدعوى البوليصية لا تعلبق أحكامها على انشاء البائثة بوصفها تبرعا بل يعتبر هذا الانشاء فى تطبيق أحكام تلك الدعوى معاوضة ، ولذلك بجب لكي ترتب الدعوى أثرها أن يثبت الدائن أن الزوج الذي قدمت البائثة لمصلحته كان متواطئا مع مقدم البائثة المحسر ، فان لم يقم الدليل على ذلك أعتبر انشاء البائثة نافذا في حقه . وهذه رعاية خاصة استقر عليا القضاء حماية لمحلحة الأسرة رغم أن هذه الحماية تنطوى على اضرار محقوق الدائين .

(رأيما) لا يشرط في انشاء الدوطة شروط الهية من حيث الشكل وان كانت تخضع بوصفها تبرعا للالترام الحاص برد التبرعات الى التركة . ومع ذلك فسألة الشكل ليست لها أهمية عملية بالغة لأن انشاء الدوطة يتم في المشارطة وهذه تفرغ في الشكل الرسمي .

هذه هي طبيعة التصرف المنشئ للبائنة ، واذا كانت البائنة تنحسر عن تبرع يصلىر لمصلحة الزوج أو الزوجة على حد سواء ، إلا أنها تصرف اصطلاحا الى ما يُم التبرع به الزوجة لكي يكون بائنة لها .

صور البائنة :

يلاحظ أن البائنة قد تتخذ صورا مختلفة ، وقد تكون البائنة عقارا من المقارات وقد تكون البائنة عقارا على الدوام ، وقد تكون البائنة مالا منقولا كالمنقولات المادية أو الاسهم أو الاوراق المالية بوجه عام ، وقد تكون البائنة مبلغا من النقود وفي هذه الحالة يكون مقدم البائنة ملزما باداء المبلغ ويكون من المحتم أن يؤديه وتسرى الفوائد — كما تقدم على هذا المبلغ من وقت الزواج ، ملم يتفق في المشارطة على غير ذلك .

على أن البائنة قد تتخذ صورة أخرى تثير غير يسير من الاشكالات ؛ وهذه هي صورة الابراد المرتب . فقد يلترَّم أجد الوَّالدين أو الوالدان معا بْرَتْيْبِ اراد لاحد الزُّوجِين وفي هذه الحالة يعتبر الابراد المرتب هو البائنة . ورغم ما يكتنف هذه الطريقة من صعاب فهي طريقة لها مايبررها أو نزكها من الناحية العملية . فمن الاشخاص من محصل على دخل كبير دون أل يكون عنده مال يعتبر مصدرا لهذا الدخل ، من ذلك اصحاب المهن الحرة وبعض موظفي الهيئات الدولية ، مثل هؤلاء الاشخاص لايناسبهم تقديم باثنة في صورة عقارأومنقول أو مبلغ من المال، بل يكون أكثر ملاءمة لهم أن يقدموا الرادا مرتبا لمن يتزوج من آولادهم . ثم انه يلاحظ من ناحية أخرى ان الاراد المُرتب قد يكون أنسب بالنسبة للوالدين من اصحاب الاموال فالنز امهما بتقدُّم الاراد يعفيهما من التصرف في رأس المال ويسمح لهما في الوقت نفسه بمعاونة من يتزوج من أولاهما ، وقد يكون الوالدان في حاجة إلى الابقاء على مالهما لاستعماله أو استغلاله في صناعة أو تجارة ؛ ولهذا ذاعت فكرة الالتجاء الى الايراد المرتب بوصفه باثنة . الا أن الايراد المرتب يشر مشاكل عديدة اهمها مشكلة انحلال الزواج وموت احد الزوجين . فاذا انحل الزواج فهل يظل الابراد الذي يرتب نافذا بجرى على الزوج الذي حصل عليه بوصفه باثنة ؟ استُقر العمل في فرنسا على ان الابراد يظلُّ مرتباً ولو بعد انحلال الزواج ، وسندهم في ذلك ان الابراد قصد به ان يكون تبرعا يظل مدى حياة من رتب لمصلحته ولم يقصد منه إلى أن يظل مرتبا مابقيت الزوجية قائمه ، وقد تنتحل الزوجية ويظل هذا الابراد جاريا على الزوج الذي رتب له ليستعين به على حياة زُوجية أخرى .

أما فى حالة الموت فيفرق فى هذا الشأن بين ما اذا كان من مات هو من رتب الابراد لصالحه وبين ما اذا كان من مات هو من لم يرتب الابراد لمصلحته من الزوجين ، فاذا مات من لم يرتب الابراد لمصلحته ظل الابراد جاريا على الطرف الآخر تمثيا مع المبدأ المتقدم ذكره.

ولكن اذا مات من رتب الابراد لمصلحته فالأصل في هذه الحالة أن الابراد ينهى بالموت اذ هو أبراد مرتب لمدى الحياة ، فاذا انتهت حياة من رتب لمصلحته وجب أن ينتهى الابراد . ولكن مثل هذا الحل لا يتمشى مع الفرورات العملية . فقد يكون هناك اولاد انجهم الزوجان قبل موت من رتب الابراد لصالحه ، وقد يكون في وجود الابراد ما ييسر الانفاق على هؤلاء الاولاد ، ولهذا جرى العمل في فرنسا على ان ينص في مشارطات اموال الزوجية على شرط يسمى بشرط ارتداد الابراد . ومؤدى هذا الشرط أن الابراد يكون عثابة رقبي بالنسبة الى من رتب عمى ان الابراد يتقطع اذا مات من رتب لمصلحته ، وفي الحالتين برتد الابراد اما الزوجة واما الى أبنائها . فاذا كان الاب هو من رتب الابراد ومات في هذه الحالة ينقطع الابراد . ولكن الانقطاع نظرى لان الزوجة تحصل من تركة ايها على ما يقابل وفي هذه الحالة يقوم الاب بأداء الابراد المولاد ، وهذا هو معنى شرط ارتداد البائة .

هذه هي صور البائنة . بنَّي أن نبين كيفية اداء البائنة وضهانات الأداء .

كيفية ادا. البائنة وضمانات الادا. :

الاصل فى كيفية الاداء أن يؤدى البائنة واحد من الوالدين أو الاصول ، ومي النزم واحد من أولئك ببائنة وجب أن تخرج البائنة من ماله ووجب أن يؤدمها من هذا المال ، واذا النزم الأيوان سويا باداء البائنة على سبيل الاشتراك أو النزاما متضامنين بأدائها وجبت البائنة فى ذمة كل مهما يحق النصف . على أن هناك صورة خاصة هى الصورة التى يلزم فها الاب بأداء البائنة عند ما يكون نظام الأموال الزوجية بالنسبة لهذا الأب هو نظام الأشراك ؛ في هذه الحالة نخرج البائنة من المال المشترك وتؤدى منه ويبيى هذا الالزام نافذا ولو انحل الأشتراك .

أما ضمانات اداء البائنة فهي تنحصر في أن مقدم البائنة يكون ضامنا لاستحقاقها على نحو ضهان البائع لأستحقاق الشيء المبيع، وهذه نتيجة تتعارض مع اعتبار البائنة تبرعا وتتفق مع اعتبارها معارضة من وجه. فالواقم أن الأصل في الواهب أنه لا يلتزم بأي ضيان قبل الموهوب له ؟ ولكن أريد حماية مصلحة الأسرة وضمان تنفيذ الألتزام بالبائتة ؟ ولهذا فرض على مقدم البائنة أن يلتزم يضمان الأستحقاق وضمان التعرض أيضا ، وفي ناحية هذا الألتزام يتضح حرص الفرنسيين على حماية البائنة أو بعبارة أدق حماية المؤلفة الزوجية ، وفي الواقع أن الزام المتبرع بالضمان في التصرفات المنشئة لمبائنة يعتبر استثناءا من الأصل العام الذي يقضى باعفاء المتبرع من كل ضمان ، ولكن اعماد الزوجين على البائنة في حياتهما وانعقاد الزواج مع الاعماد على هذه البائنة هما العنصران اللذان يعرزان الأستثناء.

هذا هو تعریف البائنة ، ونظام أموال الزوجیة الذی یسمی بنظام البائنة لا یطبق دائما حیث توجد بائنة ولکنه یطبق بشروط خاصة . ذلك أن هذا النظام ممتاز من ناحیتن :

فن ناحية أولى يتيح نظام اموال البائنة التفريق بين نوعين من الأموال من جهة الروجة : اموال البائنة Biens Dotaux وبسمها بعض الفقهاء في مصر الأموال المهرية ، وهذه الأموال تتكون من كل بائنة قلمت للزوجة وكل مال قلمته هي وقصدت أن يكون بائنة ، وأموال البائنة هذه يسرى عليها نظام خاص . ومن جهة اخرى قد يكون للزوجة فيا عدا أموال البائنة ما يسمى بالأموال الخالصة Biens Parapheranux وهني بالأموال غير المهرية أي غير المداخلة في البائنة ، وهذا النوع الثاني يكون للزوجة تملك هي وحدها حتى التصرف فيه وحتى ادارته وحتى الأنتفاع به .

. ومن ناحية ثانية يكون لأموال البائنة نظام خاص. فهي غير قابلة للتصرف في المحل الأول كقاعدة عامة ولا يرد على عدم قابليتها بالتصرف الا استثناءات جاءت على سبيل الحصر . ثم أن للزوج أن يدير مال البائنة وأن ينتغم منه .

هاتان هما الناحيتان اللتان تميزان نظام أموال البائنة . وقد أدخل هذا النظام في القانون الفرنسي رغم معارضة شديدة . ذلك أن له مزايا وعيوبا يصح أن تكون محلا للنظر .

مزايا نظام البائنة وعيوبه :

أهم مزايا هذا النظام أنه يكفل من طريق حبس أموال البائنة بقاء قيمة مالية في تطاق من الحفظ. وهذا البقاء يسمح بالانفاق على الشئون الزوجية رغم ما قد يطرأ على مركز كل من الزوجين من تغيير من جراء الاستدانة أو النزق في الانفاق. فالبائنه تحقق في هذه الحدود بالنسبة الى الزوجية ماكان يحققه نظام الوقف الأهلي بالنسبة الى المستحقين فيه.

ولكن يعاب على نظام أموال الدوطه أنه أولا يحد من حرية التصرف على غو قد على غو قد يكون التصرف فى المال فى وقت من الأوقات محققاً لمصلحة مالكه وما من شك فى أن المنع من التصرف يفوت هذه المصلحة . بل وأبلغ من ذلك أن وجود نظام البائنة برتب الزوجة حى رمن عام على عقارات الزوج وهذا الحق يظل باقيا ما بقيت البائنة . وعلى هذا النحوية دى هذا النظام الى اقامة صعوبات جديدة فى سبيل التصرف فى أموال الزوج .

ولهذا اتجه خصوم نظام أموال البائنة الى اعتبار هذا النظام صورة أخرى من صور حبس الأموال واخراجها من التعامل على نحو يضر بالاقتصاد القومى .

ورغم ذلك فقد بقى نظام أموال البائنة حتى اليوم فى القانون الفرنسى . الا أن المشرع قد شعر محاجة ملحة الى ادخال عنصر من عناصر المرونة فيه ، ولذلك صدر تشريع سنة ١٩٤٢ عققا لهذا الغرض .

تلك ممزات نظام أموال البائنة ، وهذه منزلته من ناحية المزايا والميوب . ولكن يلاحظ أن هذا النظام لايطبق الا اذا نص على تطبيقه في مشارطة أموال الزوجية أو ظهر من نصوص المشارطة بوضوح أن نية الزوجين انصرفت الى ذلك ، فليس يكني اذن أن توجد بائنة مقدمة من الغير أو من أسرة الزوج أو من الزوجة نفسها ، بل ينبغي أن تقرر المشارطة اختيار الزوجين لنظام أموال البائنة . اذ الواقع أن هذا النظام أموال البائنة . اذ الواقع أن هذا النظام يؤثر تأثير البليغاً في مصالح الغير ؛ فهو من ناحية بجمل أموال البائنة غير قابلة

للتصرف، وهو من ناحية أخرى يرتب للزوجة حقوقاً على أموال الزوج. وفمذا ينبغى أن يكون الغير على بينة من أن الزوجين قد اختارا النظام المتقدم ذكره.

ويلاحظ أن مبدأ عدم جواز تغيير النظام المالى بمنع دائما من أن ينشأ نطام أموال الباثنة بعد الزواج أو من أن يعدل هذا النظام إن كان قد نشأ .

ونظام أموال البائنة ينشىء مركزا خاصا لأموالها ، فا الذى يعتبر إذن من أموال البائنة ؟ يدخل في أموال البائنة طائفتان من الأموال سيأتى ذكرهما فيا بعد ، أما ماحدا ذلك فيعتبر من الأموال الحالصة . والأصل في أموال الروجة أن تكون خالصة والاستثناء هو دخولها في البائنة ، وعلم هذا الأصل أن أموال البائنة تقيد من حقوق الروجين ، والأصل بالنسبة الى الحقوق هو الحرية . ويترتب على هذه المقاعدة أن على من يدعى أن مالا من الأموال يدخل في البائنة أن يثبت ذلك فعب الاثبات يقع على المدعى في هذه الحالة، يدخل في البائنة أن يثبت ذلك فعب الاثبات يقع على المدعى في هذه الحالة، لأنه يتمسك بما مخالف القرينة المستخلصة من أن الأصل في مال الروجة أن يكون خالصاً .

ويدخل في الباثنة ــكما تقدم ــ طائفتان من الأموال :

(الأولى) الأموال التي تقدمها الزوجة وتقرر صراحة أنها داخلة في البائنة . وقد تقدم الزوجة أنها تدخل في البائنة . وقد تقرر الزوجة أنها تدخل في البائنة جميع الأموال التي كانت تملكها قبل الزواج ، وفي هذه الحالة تدخل هذه الأموال في البائنة وتخضع لنظامها ، وقد تقر الزوجة أنها تدخل في البائنة جميع الأموال التي ملكتها في المستقبل، وفي هذه الحالة يدخل كل مال من أموالها الماضية أو المستقبلة في البائنة .

إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة ما يأتى :

١ – بالنسبة إلى الأموال التي تملكها الزوجة قبل الزواج، إذا قروت الزوجة أن جميع الأموال التي كانت تملكها قبل الزواج تدخل في البائنة، فتل هذا التقرير يقتضى عقلا أن ما ثبت لها ملك فيه قبل الزواج يعتبر من أموال البائنة ، أما ما يجد فيه سند ملكيها بعد الزواج فلا يدخل

فيه أموال البائنة ، وكذلك الشأن فيا لوكانت الزوجة قد باعت بيع وفاء قبل الزواج ثم تحلف المشرى عن الوفاء بائين فعادت إليها الملكية بعد الزواج . فني هاتين الحالتين يدخل المال في أموال البائنة ولو أن سند الملك فيه قد جد بعد الزواج .

٧ - ويلاحظ بالنسبة إلى الأموال التي تدخل في نطاق البائنة ، سواء كانت من قبيل ما هو معن بالذات أم من قبيل الأموال الماضية أو انسابقة على الرواج في حلمها، أنه قد يقع أن يباع مال من هذه الأموال أو أن يشترى به مال جديد أو أن يشترى بثمن ما بيع مال جديد ، وفي هذه العمور يدخل المال الجديد في البائنة باعتبار أنه على حلو لا عينياً عمل مال من أموال البائنة فلا ينظر في هذه الناحية إلى حداثة سبب الملك وإنما ينظر إلى أن واقعة من وقائع الإستمال قد تحت إذا استبدل بالمال القديم مال جديد من طريق ما يسمى عتى الإستمال - أو بعبارة أدق حسن الاستبدال .

ومن أجل ذلك يشترط فى الاستبدال أن يتحقق الشهر بالنسبة إلى المال الجديد على نحو ييسر للكافة العلم بدخوله فى أموال البائنة وحلوله محل مال سبق أن دخل فها .

(الثانية) أما الطائفة الثانية من الأموال التي تدخل في البائنة فهي كل بائنة تقدم للزوجة من أحد أبويها أو أحد الأقارب أو من الغبر . ومثل هذا المال يدخل في أموال البائنة دون حاجة إلى نص يقرر ذلك في مشارطة أموال الزوجية ما دام الزوجان قد اختارا في هذه المشارطة نظام أموال البائنة .

ويلاحظ أنه من الممتنع إنشاء نظام أموال باثنة بعد الزواج ، كما أنه من الممتنع إضافة مال إلى أموال البائنة أو الانتقاص من أموال البائنة طيلة مدة قيام الزوجية كقاعدة عامة . والاصل في هذه القاعدة العامة هو عدم جوازتغير نظم الأموال الزوجية أثناء قيامها . الأأن هذا الاصل قد يقبل الاستثناء في حدود نحاصة .

فيلاحظ من ناحية أنه بجوز الواهب أن يهب مع النص على عدم جواز دخول هذا المال في أموال البائنة حين تكون هذه الأموال شاملة لأموال الروجة الحاضرة والستقبلة على حد سواء . ومن الواضح أن الواهب في هذه الحالة ينتقص بشرطه هذا من أموال البائنة ، اذ نحرج مها مالاكسيته الروجة بسبب حادث بعد الرواج . ولكن من المقرر في هذه الحالة أن شرط الواهب ينبغي العمل به لاعتبارات عملية ، اذ أن الواهب قد لا برتفيي الهية فيا لو تحقق من دخولها في أموال البائنة . وغي عن البيان أنه لو فرض أن الواهب وهب مالا بشرط ادخال هذا المال في أموال البائنة حيث يقصر عقد الرواج هذه الأموال على ماكان مملوكها المزوجة من قبل ، في هذه الحالة لا يعمل بشرط الواهب وتكون الهبة داخلة في نطاق الأموال الحالصة . وعلة ذلك أن المشرع أراد أن يكفل هماية الغير ، والغير لا يطالبه الا بالاطلاع على عقد الواج أي على مشارطة أموال الروجية ليقف على مدى ما يدخل في البائنة من مال ، ولا يجوز للغير أن يعدل جبيته من مدى ما يدخل من الأموال في البائنة .

على أن لمالغ النقود التى تعطى كبائنة وضعاً خاصاً ؛ فهذه المبالغ تعتبر قابلة للاستمال. ويقرر التشريع الفرنسي أن هذه المبالغ إن كانت من أموال البائنة فهي بذاتها تعتبر جزءاً من تلك الاموال ، ولكن اذا تغير وضع النقود بأن اشترى بها عقار أو منقول في هذه الحالة لا يحل العقار أو المنقول محل المبلغ الذي انفق لشرائه الا إذا وجد شرط خاص يقضى بذلك في مشارطة أموال الزوجية . فبالنسبة الى النقود لايم الحلول العبني الذي أشرنا اليه آنفاً أن يمقتضى شرط خاص في المشارطة ولا يغنى عن هذا الشرط الحاص أن يتفق الزوجان على ذلك أو أن تقرر الزوجة ذلك . فإن وجد شرط في المشارطة كان ما يشترى بالنقود داخلا في أموال البائنة ، وإن لم يوجد مثل هذا الشرط اعتبر المال الذي اشترى مالا خالصا للزوجة أو ملكا خاصا للزوج على تفصيل لا محل للخوض فيه .

هذه هى القواعد الاساسية الحاصة بتقسيم الأموال فى حالة اختيار الزوجين لنظام أموال البائنة . وسنتناول أولا مركز أموال البائنة ثم نتناول بعد ذلك مركز الأموال الحاصة .

(أولا) مركز أموال البائنة :

هذه الاموال تتمتع بمركز خاص وتتميز كما قدمنا كقاعدة عامة بأنها غير قابلة للتصرف ، ولهذا يتبغى أن نتناول سلطة الزوج على أموال البائنة فى حدود الادارة والانتفاع ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى سلطته بالنسبة انى الحظر الحاص بعدم التصرف .

١ ادارة أموال الباتنة والانتفاع بها :

للزوج على أموال البائنة حق عام فى الادارة والانتفاع؛ فهو يدير هذه الاموال وهو الذى ينتفع مها ممقتفى حق انتفاع يقرره القانون على أن الادارة تتسع بالنسبة إلى المثليات الى تدخل فى أموال البائنة ، فتجيز للزوج حق التصرف فها، فللزوج أن يتصرف فى المثليات، وفى المتقولات عدد اطلاقاً منى كانت هذه المتقولات قد جردت ؛ ذلك أن جرد المنقولات محدد والمتقولات تحتج بعليعها إلى التصرف ولحدة أن المثليات ولا توق من ذلك لأن للزوجة حق رهن عام على أموال الزوج . والعادة أن المثليات الى المثليات الى تسلم بوصفها من أموال البائنة تكون معينة من حيث القدر والنوع ،أما المنقولات فيها ما يكون معيناً فى المشارطة ، ومها ما يعين مقتضى جرد خاص ؛ وبحرى هذا الجرد بالنسبة الى الأمتعة المزلية كالاثاث والمفروشات والأوانى وغير ذلك .

وسنعرض أولالحق الزوج فى الادارة ثم ننتقل بعد ذلك إلى دراسة حقه فى الانتفاع .

١ -- حق الزوج فى الادارة : الزوج أن يدير موال البائنة متمتما بأوسع سلطة فى الادارة ، فله أن يرفع الدعاوى على المدينين وله ان يقوم بتحصيل الديون وان يرفع جميع الدعاوى المتعلقة بأموال البائنة ، وله أن يقوم باجراء اعمال الحفظ والصيانة . فسلطة الزوج فيا يتعلق بالادارة سلطة واسعة تشمل كل ما يندرج تحت هذا الاصطلاح من الأعمال كانأجر والاستغلال المباشر والحفظ والصيانة والتجديد وغير ذلك .

الا ان سلطة الادارة كما قدمنا تتناول التصرف في المنفولات. ولم يكن هناك نص صريح في شأن سلطة الزوج في التصرف في المنقولات ، ولكن القضاء جرى على اقرار حق الزوج في ذلك ، فأبيح له ان يتصرف في حميع المنقولات. وحكمة ذلك أن هذا التصرف في مصلحة الزوجين لان بقاء المنقول محبوسا قد يكون ضارا بهذه المصلحة . وقد أقر تشريع. سنة ١٩٤٢ سلطة التصرف هذه وجعل للزوج أن يتصرف فى المنقولات كلما اقتضت الضرورة ذلك ، ولايقصد لهذا القيد الاخر الامحرد التوجيه، بمعنى أن صحة التصرف لا تتوقف على وجود هذه الضرورة ؛ وهذه ناحبة . من النواحي التي يتضح فيها أثر تشريع سنة ١٩٤٧ في تعديل نظام أموال البائنة واسعافه عاكان يعوزه من عناصر مرونه . ولهذا ابيح للزوج أن يبيع الأسهم والسندات وأن يقبل حوالة الديون عقابل وان يبيع المنقولات المادية التي تبلي أو محسن الاستعاضة عنها . واذا كانت سلطة الزوج في التصرف في المنقولات تفتح بابا بخشي منه على مستقبل أمو ال البائنه ، فقد تكفل العمل عواجهة هذا الاحيال. ولذلك استقر القضاء على جواز تعذيل سلطات الزوج فى الادارة بوجه عام وما يستتبعها من تصرف فى المنقول من طريق ما يسمى بشرط الاستبدال ، ومؤدى هذا الشرط أن على الزوج كلما تصرف في منقول من المنقولات أن يستبدل بثمنه منقولاً آخر حتى تظلُّ أموال البائنة باقية دُونَ انْتَقَاصَ . والغريب أنه جعل لمثل هذا الشرط قوة ملزمة بالنسبة الى الغير الذي يتعامل معه الزوج ، فهذا الغير يلزم بأن محقق شرط الاستبدال، فاذا كأن الغير مدينا مثلا واقتضى الزوج الدين منه، وجب على المدين أن يشترط للوفاء قيام ألزوج بالاستبدال وآلاكان الوفاء غير صميح وكان للمدين تبعا لذلك أن ممتنع عنه . فمثلا لو فرض أن الدوطه كانت تشتمل على سندات مودعة في بُنكَ من البنوك وطلب الزوج هذه السندات لبيعها فني هذه الحالة يلزم البنك بأن يطالب الزوج باجراء الاستبدال .

ويقصد بالغمر الذي يطالب بالاشراك في تنفيذ شرط الاستبدال كل مدين عال من أموال البائنة أو كل مدين بالبائنة نفسها وكل وديع توجد في يده أموال البائنة كالمصارف وسماسرة الاوراق المالية أحيانا والموثقين في بعض الاحيان. وكثيرا ما يعمد الغير الى اشراط انهاء مهمته بتقديم فاتورة معينة أو بتقدم بيانات معينة. على أن الامر لا يقف فيا يتعلق بتعديل سلطات الزوج فى الادارة عند هذا الحد، فقد يتناول التعديل اتفاق الزوجين على أن يكون الزوجة حتى الادارة دون الزوج . وقد ذهب الفقه الى ابطال مثل هذا الاتفاق ، ولكن القضاء جرى على النقيض من ذلك على صحة الشرط ولا سيا اذا قصد به تسليط الزوجة على الادارة بالنسبة الى جزء من المال يكنى بيعه لمواجهة اعياة الزوجية ونفقات الزوجة بالذات.

وكذلك اجر أن يم التمديل بطريق غير مباشر من طريق انابة الزوج للزوجة فى الادارة بمقتضى توكيل خاص ومن طريق البرخيص القضائي للزوجة بالنيابة عن الزوج اذا ما طرأ ما ينتقص من أهليته .

هذه هي حدود سلطه الروج في الادارة ومدى ما يرد على هذه السلطة من تعديل. ومن الواضح أن هذه السلطة لا تتناول الا أعمال الادارة البحتة فيا خلا ما يتصل بالمنقولات، ولهذا لا تبيح سلطة الادارة الروج حق التصرف في العقار أو حق قبول التركة أو رفضها في حدود ايلولة مال باثنة مها. أماكيف نعيد المعيار الذي يجرى عليه الزوج في الادارة فالرأى مستقر على أن من واجب الزوج أن يتوخى في هذه الادارة بذل ما يبذله الرجل المتوسط الحرص من العناية وإلا كان مسئولا.

٧ — حق انتفاع الزوج: الزوج أن محصل على ربع أموال البائنة وعلى ثمرات هذه الأموال وهو في هذا يتمتع بنوع من أنواع حق الانتفاع ولم يصرح القانون الفرنسي بذلك إلا أن القاعدة تستخلص من نصه على إلزام الزوج عمثل ما ينتفع به صاحب حق الانتفاع . وتطبيعاً لحذه القاعدة يكون للزوج أن يحصل على إيجار المباني وفوائد السندات وفوائد القروض وأرباح الأسهم وتمار الأراضي الزراعية وغير ذلك مما يندرج تحت اصطلاح الربح أو الإيراد أو المرات .

وحكمة تمكين الزوج من الإنتفاع على هذا الوجه أن ربع أموال البائنة وعمارها يعتبران من قبيل مساهمة الزوجة في نفقات الحياة الزوجية ، فهذا الربع وتلك التمار بمثلان نصيب الزوجة فى النفقات المُتقدم ذكرها ولا سيا أن الحال ناطق بأن الزوجة تمتلك مالا وأن هذا المال يغل دخلا .

وهذه الحكمة بذاتها هي التي يتفرع عليها مبدآن من أهم المبادئ التي تسرى غلى الزوج فها يتعلق محق انتفاعه هذا :

أول هذي المبدأين أن إبراد أموال البائنة سواء أكان من قبيل القوائد أو الربع أو التمرات يعتبر غير قابل للحجز ومعنى هذا أن ذلك الإبراد الامجوز الحجز عليه من دائنى الروج أو دائنى الزوجة ما بنى متصلا بأصله ، ومعنى هذا أن الثرات التى لم يقبضه الزوج الامجوز حجزه مباشرة أو بطريق حجز ما للمدين لدى الفير ، أما متى تم انفصال الثرات ودخلت في حيازة الزوج ، ومتى تم قبض الربع ودخل في ذمة الزوج ، في هاتين الحالتين تصبح التمار كما يصبح الربع جزءاً من أموال الزوج ، وهذه الأموال الأتين تصبح عصانة تعصمها من الحجز، ولذلك مجوز للدائين ما حصل عليه الزوج من إبراد البائنة وما حصل عليه من طريق آخر.

على أنه روعى أن القضاء الذى استخلص مبدأ عدم جواز الحجز من طريق الاجماد بجنح إلى توفير تلك الحصانة للحد اللازم للانفاق على الحياة الزوجية . فإن كان إبراد البائنه يفيض عن تلك الحاجة جاز الحجز على القدر القائض . بل ان القضاء أجاز حتى في حدود القدر اللازم للانفاق على الحياة الزوجية توقيع الحجز من الدائنن الذن تكون ديونهم قد ترتبت في مقابل نفقات حقيقية أنفقت على شئون الزوجية كديون موردى المأكولات أو الملبوسات وما إلى ذلك .

ثانى هذين المبدأن هو ما استخلصه القضاء بشأن عدم جواز التنازل عن ربع أموال الباثنة وثمارها بطريق الحوالة ، فلا بجوز للزوج أن يتنازل عن ذلك الربع وهذه الثمرات لمصلحه الغير والا فانت الحكمة من تخصيص مال البائنة للانفاق على الحياة الزوجية ، ولحذا لا يجوز للزوج أن يرهن عقارات البائنة أو أن ينزل بطريق الحوالة عن ربعها . ٢ -- قاعدة عدم جواز التصرف في البائنة :

أهم ما يشخص مال البائنة أن هذا المال غير قابل للتصرف أو ما هو بعبارة أخرى مال محبوس ، وهذه الميزة ترجم إلى محهد الرومان ، وقد استقرت في تقاليد القانون القرنسي القديم وانتقلت إلى التشريع الحديث، وكانت نصوص القانون الفرنسي في شأنها مقتضبة كل الاقتضاب. وقد ترتب على هذا تردد الفضاء في حلوله واضطراب هذه الحلول أحياناً. ولكن المشرع على هذا تردد الفضاء في حلوله واضطراب هذه الحلول أحياناً. ولكن المشرع الفرنسي تدارك الأمر في سنة ١٩٤٧ وأدخل في صدد فكرة الحبس

ينبغى بالنسبة إلى تطبيق تلك الفكرة التفريق بن المنقول والعقار ، فالواقع أن العقار هو الذي كان يتجه اليه الحرص قديما ولهذا ظفر العقار بعناية خاصة ، أما المنقول فلم ينل من عناية المشرع القسط الذي يستحق الا في فقرة متأخرة :

۱ — العقارات: تعتبر عقارات البائنة غير قابلة للنصرف عكم غيصيصها لاقامة الحياة الزوجية وصمان الانفاق عليا. وهذا التخصيص هوالذي يتحكم في تكييف مبدأ عدم جواز التصرف. فالاصل أن عقارات البائنة لاعوز أن يم فيها التصرف من طريق اليع أو الرهن أو الحبة أو التأجير لفترة تجاوز تسع سنوات؛ اذ لو قبل بغير ذلك لأمكن ازالة التخصيص الذي يميز هذه الأموال ويبرر حبسها ، فبالنسبة للعقار اذن عنع في العمل الأول كل تصرف من التصرفات ثم ان منع التصرف يستازم من ناحية اخرى تقرير قاعدة عدم جواز الحجز.

واخرا يقتضى التقريب بن القاعدتين السابقتين عدم جواز التقادم .
ففيا يتعلق بالقاعدة الأولى وهى قاعدة عدم جواز اجراء أى تصرف
من التصر فات الناقلة للملك أو المرتبة لحق عيى، يلاحظ أن البيع ممنوع اطلاقا
وكذلك الرهن ، يستوى فى هذا المنع الزوج أو الزوجة أو الزوجان معا.
وكذلك يسرى الحكم نفسه فى شأن الهبات، لان الهبة تصرف بزيل الملك .
الا أنه يستنى من ذلك الهبة لتزويج الأولاد ، وكذلك الهبة التى تنفذ بعدموت

الزوجة إذ بالموث ينفصم رباط الزوجية وتزول البلة التي أنشىء التخصيص من أجلها . ولهذا أجيز الزوجة أن توصى بمال البائنة إذ الوصية تصرف يضا ف إلى مابعد الموت .

الا أنه يلاحظ أن مبدأ عدم جواز صدور تصرفات ناقلة للملك أو ترتيب حقوق عينية فى أموال البائنة لا محول دون ترتيب حقوق عينية محكم القانون ومن ذلك بوجه خاص حقوق الامتياز القانونية وحقوق الارتفاق القانونية .

ففيا يتعلق بحقوق الامتياز لو فرض أن مال البائنة خصص لشراء عقار وكان هذا المال جزءا من التمن فحق امتياز البائع في هذه الحالة يتناول العقار بأسره دون أن غرج منه الجزء المقابل للبائنة . وكذلك الشأن في حق امتياز المهندس وحق امتياز المتقاسم فيا لوكان مال البائنة قد عهد به إلى مهندس لاصلاحه أوكان هذا المال حصة شائمة في مال تمت قسمته . في هذه الصور حميا يترتب للغير حق عيى هو حق الامتياز رعاية لمصلحة هذا الغير وتمشيا مع أحكام القانون .

وفيا يتعلق بالارتفاقات القانونية بجوز للجار الذى مملك مالا محصورا من حميع الجهات أن محصل على حق ارتفاق بالمرور على عقار من عقارات البائنة منى توافرت الشروط الني يقررها القانون لاجابة مثل هذا الطلب.

هذا هو المقصود بمبدأ عدم جواز التصرف ، وقد تقررت جزاءات تكفل صيانة هذا المبدأ هذه الجزاءات رد إلى بطلان كل تصرف يصدر على خلاف الحظر المقرر . ومن الجوهرى أن نتبن طبيعة هذا البطلان وأن نمن من يجوز له التمسك به وأن نمرض لآثار هذا البطلان ولكيفية انقضاء دعوى البطلان في هذه الحالة .

والبطلان يترتب سواء وقع التصرف من الزوج أو من الزوجين معا أو من الزوجة بموافقة الزوج. فاذا وقع التصرف من الزوج كأن باع الزوج عقار البائثة، فهذا البيع هو بيع لملك الغير تسرى فى شأنه القواعد المقررة فى شأن بطلان البيع الصادر من غير مالك . ولذلك يعتبر هذا البيع غير نافذ فى حق الزوجة ، ولهذا تستطيع الزوجة أن تسترد العقار المبيع برفع دعوى استحقاق باعتبارها صاحبة الملك فيه . واذا صدر التصرف من الزوجة والزوج في هذه الحاله يكون التصرف باطلا والبطلان هنا نسبي أيضا فى القانون الفرنسي وكذلك الحكم فيها لو صدر البيع من الزوجه وحدها

هذه هى طبيعة البطلان فى تلك الصور . أما حق التمسك بالبطلان فهو مقرر للزوج أو للزوجة أو ورثة الزوجة أو فريق من دائني الزوجة .

فلازوج أن يتمسك بالبطلان لا بوصفه باثما بل بوصفه مديرا لأموال الدوطة وبوصفه صاحب مصلحة في الابقاء على هذه الأموال ، والزوجة أن تتمسك بالبطلان باعتبار أن حماية أموال الدوطه شرعت لمصلحها . كذلك الحكم بالنسبة لورثة الزوجة .

أما الدائنون فقد أثير في شأنهم خلاف دقيق ، فن المفهوم أو لا أن الدائنين في صدد البطلان هم دائنوا الزوجة السابقين على الزواج أو فريق آخر من دائنها اللاحقين للزواج ، وسيأتى تعين هذا الفريق فيا بعد . والمهم أن الفقة كان عيل الم اتكار حق النمسك بالبطلان على الدائنين بدعوى انتفاء مصلحهم ، اذ من الواضح أن البطلان يؤدى الى رد العين الى البائنة والبائنة لا يجوز الحجز علها ، فأى مصلحه للدائنين اذن في أن يتمسكوا بالبطلان مستندة الا تحكمة النقض الفرنسية أقرت حق الدائنين في النمسك بالبطلان مستندة الى أن لحم مصلحة آجلة في هذه الأموال .

ومى تم النمسك بالبطلان وأجاب القضاء طلب صاحب المصلحة في النمسك به زالت آثار العقد الباطل زوالا يستند الى الماضى ووجب رد العاقدين المى الحالة التى كانا عليها من قبل ، ولكن هذا الرد كتاج الى شيء من التفصيل ، فلو كانت الزوجة هى البائمة فالاصل أنها لا تلزم برد النمن الا في حدود ما عاد عليها من منفعة ولا يجوز اللدائن أن يلزمها على أساس الضهان بأى النزام آخر . الا أن الزوجة قد تنص في المقد على أنه اذا انضح أن المقار المبيع داخل في أموال البائنة أو اذا وقع البطلان تلزم الزوجة بالفهان في أموالها الحاصة ، فني هذه الحالة يجوز الرجوع عليها بتعويض كامل في أموالها الحاصة ، فني هذه الحالة يجوز الرجوع عليها بتعويض

أما الزوج فيرجع عليه المشرى بالتمن كله ويرجع عليه أيضا بالتعويض في أمواله لأن الزوج قد النزم بضهان الاستحقاق ولا مجتمع استحقاق مهان . على أن دعوى البطلان تتقضى بالتقادم أو بالاجازة ، الا أن الاجازة الى تصدو ويكون من شأمها ازالة حق طلب الابطال لا تتحقق الا اذا انحلت الزوجية ، ولا يقاس على انحلال رباط الزوجية عمرد الفصل بين أموال الزوجين .

ولما كان التقادم القصير الخاص بزوال حق طلب الابطال وهو فى فرنسا ١٠ سنوات قد بنى على قرينة الاجازة الضمنيه فهذا التقادم لا يسرى الا ابتداء من انحلال رباط الزوجين .

ويتضح من ذلك أن من النادر أن يقبل أى شخص على شراء عقار من عقارات الدوطه عن بينة منه ، وان من يعمد الى ذلك يظل تحت رحمة الزوجين، فان شاء أجازت الزوجة بعد انحلال رابطة الزوجية أو أحجم الزوجان عن التمسك بالبطلان طيلة مدة التقادم التي لا تبدأ الا من وقت انحلال رباط الزوجية .

أما فيها يتعلق بقاعدة عدم جو أز الحجز على عقار البائنة فالاصل ان عقار البائنة لا يجوز ان يكون محلا للحجز والا أصبح التصرف فيه ميسورا بطريق غير مباشر ، ولكن هذا الاصل ترد عليه استثناءات ترجع الى رغبة المشرع في حماية حقوق الدائنين ، ويمكن إحمال هذه الاستثناءات فيا يلى :

١ - يجوز لمن ترتبت ديو جم فى ذمة الزوجة قبل الزواج أن يحجز واعقارات البائنة ، فتى كانت انزوجة مدينة قبل الزواج وجب ان قصان حقوق دائنها ، ولا يقف فى سيل هذه القاعدة الا ما قد يصدر من هبات مكون للبائنة من الغير وينص فيها على وجوب تخصيصها لنفقات الحياة الزوجية المقبلة دون أن يكون للدائنين الشخصيين السابقين حق عليها .

 لا — هذا الاستثناء الثانى برجع إلى مصدر الدن ، فإذا كان الدن صادراً عن مصدر غير تعاقدى جاز أن محجز به على مال البائنة ، فمن ذلك مثلا الديون المترتبة على ما يصدر من الروجة من أفعال ضارة أو نافعة كما لو دهمت ماراً فى الطريق أو آثرت على حساب الغير ، وكذلك الديون التى يكون مصدرها نص القانون مباشرة كدين الضرائب ودين النفقة المقرر لمن تجب نفقته على الزوجة ، يضاف إلى هذا الديون التى يكون مصدرها عقد أو يقصد مها إلى المحافظة على أموال البائنة كالمصروفات القضائية وديون المهندسون الذين يقومون بإصلاح العقارات وما إلى ذلك .

ولكل من هذبن الاستئنائين ما يبرره الا أن النظر إلى الأمرين المتقدم ذكرهما بوصفهما من الاستئناءات استقبع عملا التضييق من نطاقهما . فغيا يتعلق بالاستئناء الحاص بالديون المترتبة قبل الزواج اشترط أن يكون الدين ثابت التاريخ قبل انعقاد الزواج ، وثبوت التاريخ هنا لا يعتبر شرطاً لجواز الاحتجاج بالدين على الغير بل يعتبر على خلاف القاعدة العامة المركان هناك على الاحتجاج بالدين على الزوجة نفسها ولو طردت القاعدة العامة الماكان هناك على المذا الشرط ، إذ أن ثبوت التاريخ لا يعتبر شرطاً للاحتجاج بهذا التاريخ نفسه على من كان طرفاً في العقد ولكن المشرع أراد في هذه الحالة أن يجعل مال البائنة قابلا للحجز على سبيل الاستئناء شرطاً استثاثيا يكفل جدية التنبت من أسبقية تاريخ الدين على الزواج .

و راعى من ناحية أخرى أنه بالنسبة إلى الافعال الضارة الصادرة من الزوجة فرق القضاء بن قسمن ، ما يعتبر من قبيل التقصير الواقع عند التعاقد المنشيء للزوجية وبن التقصير اللاحق أو الحارج عن نطآق التعاقد .

ففيا يتعلق بالنوع الأول قد يلجأ الروجان إلى التقصير في اتخاذ الاجراءات الحاصة باثبات وصف عقارات البائنة حتى يتاح لهما على أساس هذا الاغفال أن مخدع الغير ، وقد استقر القضاء الفرنسي على أنه إذا ثبت أن الروجة كانت سيئة النية عمنى أنها تعلم بتخلف الاجراءات اللازمة لإنباء الغير ومع ذلك لم تكشف للغير عن هذه الحقيقة ، فنى هذه الحالة تلزم الروجة بالتعويض على عقارات البائنة .

وعلى التقيض من ذلك إذا ثبت أن تقصيراً وقم من الزوجة ولكن مجسن نية ، فني هذه الحالة قد يقضى علمها بالتعويض ولكن لا يجوز حجز أموال الباثنة على أساس الحكم الصادر جذا التعويض . وفيا هذا الاستثنائين المتقدم ذكرهما لا مجوز الدائيين اللين نشأت ديومهم ابان الزواج أن محجزوا أموال البائنة يستوى في هذا من يكون دائياً للزوج أو المزوجة ، والحكم مفهوم بالنسبة إلى دائر الزوج لأنه غير ذي ختى في رقبة البائنة ؛ بل وبرى القضاء في فرنسا أن ثمار أموال البائنة وان كانت مملوكة للزوح لا يجوز حجزها بالنسبة إلى القدر اللازم للانفاق على شتون الزوجية .

وكذلك الحكم بالنسبة إلى دائى الروجة فهؤلاء الدائنون نشأت ديوسهم أثناء قيام الروجية وكانوا يعلمون أن أموال البائنة مخصصة لشئون الحياة الروجية ، فلم يكن من حقهم أن يعتمدوا عليها كضمان الوفاء بديوسهم. ولا يستنى من هؤلاء الدائنن الا من نشأت ديوسهم بسبب الانفاق على شئون الحياة الروجية فن حق هؤلاء الدائنن أن يعتمدوا على ربع أموال البائنة، وعلى هذا الأموال نفسها .

وبدسي أن عدم قابلية الحجز تبتى ما بقيت الزوجية قائمة، فإذا انحل رباط الزوجية كان للدائنين الذين تنشأ ديونهم بعد ذلك حتى الحجز على أموال البائنة .

وفيا يتعلق بقاعدة عدم جواز تقادم أموال البائنة، فان ملك الزوجية لاينتقل بالتصرف ولايكتسب بالتقادم المكسب ، كما آن التقادم المسقط لا برد على أمول الزوجية . ففيا يتعلق بالتقادم المكسب لا يجوز الغير أن يتملك عقار البائنة استناداً إلى التقادم إلا إذا كان سريان التقادم قد بدأ قبل الزواج ، فما لم يتحقق مثل هذا الظرف لا يجوز أن تكون حيازة مال البائنة أساسا لتملك المال بالتقادم . والحكم في ذلك هي الاشفاق من أن يؤدى التقاضي عن التملك المال المتقادم المال التصرف . ويطبق الحكم نفسه على التقادم المسقط فلا يسقط حتى عيني مرتب لمصلحة عقار البائنة بالتقادم المسقط المبنى على عدم الاستعال كما لو فرض أن لعقار البائنة حتى ارتفاق على عقار هجاور فهذا الحق لايسقط بالتقادم المسقط .

على أنه يلاحظ أن قاعدة عدم جواز تقادم أموال البائنة وحرمان الغير من تملكها بالتقادم المكسب أو المسقط، هذه القاعدة لاتسرى الا بشرطن : الاول: أن تظل الزوجية قائمة . والثانى : ألا تكون أموال الزوجية قد فصلت . فان انتهت الزوجية سرت القواعد العامة فى التقادم،وان فصلت أموال الزوجية أثناء قيام الزوجية سرت أيضا القواعد العامة فى التقادم . وليس لهذه القاعدة معرر الا التقاليد القدعة .

الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم قابلية عقار الدوطة للتصرف.

هذا هو معنى عدم قابلية عقار البائنة للتصرف، وتلك هى تطبيقات المبدأ، بيد أن هذا المبدأ ترد عليه طائفتان من الاستثناءات: الاولى اتفاقية، والثانية قانونية.

ومرجع الاستثناءات الاتفاقية هو مشارطة أموال الروجية ، فاذا اتفق في تلك المشارطة على جواز التصرف في عقار البائنة كان هذا العقار قابلا للتصرف ، ولكن استقر العرف على أن النص على جواز التصرف في عقار البائنة يقترن عادة بشرط الاستبدال ، ومعى ذلك أن يكون التصرف معقودا باستبدال مال جديد بالعقار المتصرف فيه . ويجرى القضاء على التضييق في تفسير شرط قابلية العقار للتصرف ؛ فاذا كان الشرط خاصا بالعقار لايجوز التوسع فيه وبسطه على المنقول ؛ وإذا كان خاصا بعقار بذاته لم يتناول العقارات الاخوى، وإذا كان خاصا بالبيع فهو لايتناول ؛ الرهن ، وكذلك لايسرى الشرط على مايكون للزوجة من ديون تتمسك ما عند فصل الأموال أو انهاء النظام ولو كانت هذه الديون ناشئة بسبب العقار الذي تقرر الشرط في شأنه .

على أنه يلاحظ أنه منى كان التصرف مباحا بالشرط وهو مايقع غالبا عند النص على الاستبدال ، ينبغى أن يكون البديل هو المال المعن في العقد، فاذا نص على استبدال عقار بعقار وجب أن يشترى عال البدل عقار جديد . والقاعدة في وضعها هذا جامدة . ولهذا ادخل علها المشرع تعديلات تدريجية كفلت لها مايعوزها من المرونة . فنذ عهد طويل أجيز أن يم الاستبدال من طريق شراء أسهم بنك فرنسا . ثم خطا تشريع سنة ١٩٤٢ خطوة أخوى فنص على أنه إذا انضح أن من غير الميسور تنفيذ شرط الاستبدال تنفيذاً

حرفياً فنى هذه الحالة بجوز الإلتجاء إلى القاضى ليرخص بشراء مال آخر غير المال الذى خصه الشرط بالذكر ، ويعتبر الفقه هذا النص مجرد تطبيق لفكرة الظروف الطارئة .

ويلاحظ من ناحية أخرى أن مسئولية الزوجين عن تحقيق شرط الاستبدال ومسئولية الغبر جسيمة في هذا الشأن ، فالغبر الذي يتعامل مع الزوجين ينبغي أن يقوم بتحقيق شرط الاستبدال وبالتثبت من صحة التصرف المحقق له. فإذا بيع العقار وجب على المشرى أن يتثبت من أن الاستبدال سيم وفقاً للاوضاع المقررة في القانون ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . ويقع هذا الواجب أيضاً على الموثقين وسماسرة الأوراق المالية . إلا أن القانون لم يعن أجلا لإجراء الإستبدال فقد يشترى البديل قبل التصرف في العقار وقد يشتري بعد ذلك ، والجوهري في هذا كله أن ينص في عقد التمليك على أن البديل يحل محل عقار البائنة وعلى أن هذا الاحلال يقع تنفيذاً لنص في مشارطة أموال الزوجية ، فإذا تم الشراء وكان عقار الباثنة لم يقع فيه تصرف ، فالمال الجديد لا كل محله إلا من تاريخ التصرف ، وإذا تم الشرآء بعد بيع مال البائنة حل المال المشترى محل هذا المال ، ويتحقق في هذا الفرض حلول عيني ، بمعنى أن المال الجديد بحل محل العقار الذي تم التصرف فيه ، وتلحق لهذا المال جميع الصفات التي كانت تلحق العقار ويكون هذا المال غير قابلُ للتصرف رغم أنه من المنقولات مثلاً ورغم أن من حق الزوج أنَّ يتصرف في منقولاتُ البائنة ؛ إذ المفروض في هذه الحَّالة أن تلك المنقولات حلت محل عقار البائنة وشغلت المركز الذي كان يشغله ، وبجوز كذلك في الحالة نفسها أن يكون المال الجديد محلا للاستبدال إن اقتضى الحال ذلك اعمالا لنص مشارطة الزوجية .

أما إذا تم التصرف فى العقار دون أن يقع الاستبدال ولا يوجد كما قدمنا أجل لتحقيق الشرط إلا الأجل الطبيعي وهو انفصال أموال الزوجية أو انحلال الزوجية ، في مثل هذه الحالة يعتبر التصرف باطلا ويكون للزوج أن يطالب بهذا البطلان إن كانت الزوجية قائمة والأموال غير منفصلة ، ويكون للزوجة أن تطالب به إذا كانت الزوجية المحلول ويكون الزوجة أن تطالب به إذا كانت الأموال قد فصلت وكانت الزوجية

قائمة ، ولمشترى عقار الباثنة أن يتنى البطلان بأداء الثمن مرة أخرى وله أن يرجع بالثمن فى كل حال على الزوج .

والعلة في الحروج على القواعد العامة في البطلان في هذا الشأن هي أن البطلان شرع بوصفه جزاءاً لحماية الزوجين من طريق حماية أموال البائنة .

أما الاستثناءات القانونية فهي ترجع إلى فكر ثلاث :

الأولى : فكرة تيسير تجهيز الأولاد .

والثانية : فكرة المحافظة على البائنة .

والثالثة : فكرة مواجهة النفقات الضرورية .

فبالنسبة إلى تأهيل الأولاد وتجهيزهم أبيح على سبيل الاستثناء التصرف في مال البائنة ، ويقصد بالتأهيل أو التجهيز في هذا الشأن تقدم بائنة لمن يتزوج من الأولاد أو إنشاء محل تجارة له أوشراء ما يلزمه لمباشرة حرفة أو تخصيص ميلغ للانفاق منه على دراسته العليا ، وعلى الجملة يقصد بالتأهيل أو التجهيز إعداد الأولاد للمستقبل سواء بالنسبة للحياة الزوجية أو لعملهم في حياتهم العدادة بوجه عام . ويتم التصرف في هذه الحالة بالقدر اللازم للتجهيز أو التأهيل .

ويلاحظ أن رضاء الزوج ضرورى بالنسبة إلى تأهيل أو تجهيز أولاد الزوجة من غير فراشة، وكان الأمر يختلف بالنسبة إلى أولاده . ولكن القانون الجديد سوى بين الأولاد حميعاً وجعل رضاء الزوج ضرورياً . فإذا امتع الزوج بالنسبة الى أولاده هو ، كان للزوجة أن تلجأ الى القاضى لتحصل منه على ترخيص بالتصرف منى ثبت أن احجام الزوج لم يكن له مهرر يقتضيه .

على أنه لوحظ أنه عند ما يكون التأهيل من طريق تقدم باثنة البنت ، فني هذه الحالة محتفظ الزوج بحق الانتفاع فيها مي كانت البنت من غير فراش آخر .

و بالنسبة الى فكرة المحافظة على مال البائنة فهى فكرة تقوم على أن المصلحة قد تقتضى أحياناً التصرف فى مال البائنة للمحافظة عليه؛ فقد تطرأ ظروف اقتصادية تجعل استغلال الما مربحا، وفى هذه الحالة يكون فى الإبقاء على هذا المال انتقاص من قيمته الاقتصادية ولذلك يكون استبداله من طريق الاستعاضة عنه بمال آخر أرمج وأمعن فى المحافظة على البائنة ، ولهذا اجز الاستبدال فى هذه الحالة ولو ثم يوجد نص فى المشارطة ، وكل ما هنالك أن الاستبدال لا يتم الا بإذن من القضاء .

وكذلك الشأن فيا يتعلق بتأجير العقار مدة تتجاوز تسع سنوات اذا كان فى التأجير ما يعود على الزوجية بالنفع ، ويجرى الحكم نفسه أيضاً فى حالة نزع الملكية للمنفعة العامة .

فنى الصور المتقدمة جميعها يستأذن القضاء ويشترط أن يصدر طلب التصرف من الزوجة وأن يوافق الزوج عليه ، فإذا لم يوافق الزوج كان القاضى أن يرخص بالبيع متى تبين أن الزوج كان غير محق فى احجامه .

ويلاحظ أنه لايكون للزوج أن يطلب الى القاضى دون رضاء الزوجة . واذا أبت الزوجة فليس للقاضى أن يرخص بالبيع رغم احجامها .

وأخيراً يرخص بالتصرف في البائنة اذا جدت حاجة ملحة تدعو الى الإنفاق ، ويتحقق ذلك في فروض معينة أخصها افتداء حرية أحد الزوجين بالمال كما هو الشأن بالنسبة الى الاسرى. والتطبيق العملي لهذا النص ينسحب على الفرامات وما في حكها في الوقت الحاضر. وكذلك يتحقق معنى الإنفاق الملح بالنسبة الى الالتزام بالنفقة المقرر مجكم القانون، وبالنسبة الى احتياج الزوجين لتدبير معاش لها كما اذا حلت بهما ضائقة مالية استتبعت وجوب شرائهما لزرعة أو متجر أو على للتكسب منه .

ويتحقق المعنى نفسه أيضاً بالنسبة الى نفقات الصيانة الجسيمة فيباح بيع العقار أو جزء منه للانفاق على صيانة العقارات الأخرى . وقد اتجه القضاء فى فرنسا الى الترخيص برهن العقار فى هذه الحالة ضهاناً للقرض اذا استبان القاضى أن فى القرض ما محقق اجراء الصيانة دون تصرف فى العقار .

وأخيراً يعتبر من قبيل النفقة الملحة وفاء ديون الزوجة السابقة على الزوجية متى كانت ذات تاريخ ثابت . ٧ — المتقولات: إذا كانت البائنة من المتقولات كان وضعها دقيقاً بالنسبة إلى عدم جواز التصرف فها ، ولذلك لم يرد نص في القانون الفرنسي يقرر عدم جواز التصرف في متقولات البائنة؛ بل أنه يستخلص من الأحكام المتقدمة أن الزوج أن يتصرف في منقولات البائنة ، بيد أن القضاء الفرنسي على رأيه رغم معارضة شديدة بدت من الفقه ، وكان سند القضاء هو التقاليد المقررة في القانون الفرنسي القدم كما أنه فسر النصوص تفسيراً تحمل معه على أن المشرع إنما آثر العقار بالذكر الأهميته دون أن نحرج المنقول من نطاق الحفظ من النص في .

هذا وقد أشار تشريع سنة ١٩٤٧ من طرف خفى الى اتجاه نية المشرع الى تأييد القضاء فى مذهبه . إلا أن مبدأ عدم جواز التصرف فى منقولات البائنة يقتضى أولا تعيين نطاق المنع من التصرف ، ويقتضى بعد ذلك تعيين المقصود بالمنع .

فالمنع من التصرف بالنسبة الى المنقول لا يشمل إلا ترتيب الحقوق العينية أو نقل هذه الحقوق من طريق التعاقد أو التصرف القانونى بوجه عام ، ولذلك تعتبر منقولات البائنة بما يرد عليه التقادم المكسب والمقسط دون تفريق بعكس الحال بالنسبة الى المقارات . والعلة فى قصور معنى المنع من التصرف عن تناول التقادم هي طبيعة المنقول . هذه ناحية .

أما الناحية الثانية فتتناول المقصود بالمنع من التبصرف . فمن المعلوم أن الزوج أن يتصرف كقاعدة عامة فى منقولات الدوطه ، فما هو المقصود بالمنع إذن ؟ المقصود هو منع الزوجة من التصرف فى هذه الأموال .

ويثرتب على فكرة عدم جواز التصرف فى البَاثنة المتقولة بالمعنى الذى تقدم ذكره :

أولا : أن الزوجة لا تستطيع أن تتنازل عن الديون التي تترتب لها في شأن هذه البائنة ولا من حقها في الرهن العام الضامن لهذه الديون : ثانياً : أن دائمي الروجة لا يستطيعون حجز البائنة المقولة ، فهؤلاء الدائنون الذين نشأت ديوجم إبان الروجية لاعمكون اقتضاء ديوجم من البائنة .

ومن الواضح أن البائنة المنقولة ينيني أن تطل كذلك، مميأن هذه البائنة تكون قابلة للتصرف من ناحية الزوج، ولكن إذا اشرى عقار بدن البائنة مثلا عندما تكون البائنة دينا مترتبا في ذمة الغير، في هذه الحالة يترتب أثر ثالث مؤداه أن العقار الذي يشترى عال البائنة يعتبر من الأمو ال غير المناخلية في البائنة. ولكن لما كان هذا العقار عمل قيمة يدخل قدرها أصلافي البائنة للنظاف أنشأ القضاء فكرة جديدة تسمى بنظرية البائنة المنطوبة. ومؤدى هذه الفكرة في حدود التطبيق المنقدم ذكره أن العقار الذي يشترى عال البائنة الذي كان منقولا في الأصل يتضمن قيمة غير قابلة للتصرف وغير قابلة للحجز رغم أن هذا العقار بذاته لا يدخل في أموال البائنة.

فالمقصود إذن هو أن يتقرر انطواء العقار على قيمة تتوافر فها مشخصات البائنة المنقولة من حيث عدم الحجز وعدم جواز التصرف بالمعى المفهوم بالنسبة الى المنقول.

أحكام تسرى على الباتنة عقارا كانت أو منقولا :

بتى فيما يتعلق بأموال الباثنة عقارية كانت أم منقولة أن نتناول مسألتين .

الأولى: أثر انفصال الأموال في مركز أموال البائنة .

والثانية : رد أموال البائنة إلى الزوجة .

أثر انفصال الاموال في مركز أموال البائنة :

ففيا يتعلق بالمسألة الأولى يلاحظ أن للزوجة أن تطلب أثناء قيام الزوجية فصل الأموال. ومعيهذا فصل أموال الزوجة عن أموال الزوج. وهذا الطلب حق للزوجة تتقدم به منى كان النظام الذى تزوجت فى ظله مفايرا لنظام فصل الأموال. وسنعرض فيا بعد للظروف التى تبرر فصل الأموال والاجراءات التى تتبع فى هذا الشأن . الا أنه منى تم الفصل أمثل هذا الفصل لا يؤثر فى مركز الأموال ، وأنما ينحضر أثر الفصل بوجه عام فى نوع حق الادارة والانتفاع عن يد الزوج وتركيز الحقين فى يد الزوجة ، بيد أن هذا التركيز لا يفضى إلى ازالة المنع من التُصرف ولا يفضى كذلك إلى إزالة حصانة عدم جواز الحجز .

فبالنسبة الى المنع من التصرف يظل مال البائنة، رغم انفراد الزوجة بالانتفاع
به وادارته ، غير قابل التصرف ؛ واذا كانت البائنة من المنقولات امتنع
على الزوجة أيضاً أن تتصرف فيها رغم استقلالها بالادارة والانتفاع ، بل
أن عدم جواز التصرف يلحق بثهار وريع أموال البائنة فيها عدا القدر اللازم
للانفاق على شئون الزوجية . اذ الأصل أن الذي علاك حتى التصرف فيا فاض
عن هذا القدر هو الزوج ، فان عاد الى الزوجة وجب أن يلحق بأصله .

وفيا يتعلق بعدم جواز الحجز على أموال البائنة ، يلاحظ أنه اذا استنبى فريق الدائتين السابقة ديونهم على الزواج بتى فريقان من الدائتين : أولها فريق الدائتين الذين نشأت ديونهم فى كنف الزوجية وقبل انفصال الأموال ، وهذا الفريق لا يستطيع حجز أموال البائنة ، ذلك أنه لم يعتمد على هذه الأموال بوصفها ضهانا لدينه ، ولا سيا أن ديونه عندما نشأت والمال غير قابل للتصرف وريم المال حق خالص للزوج .

والفريق الثانى هو فريق الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد انفصال الأموال وليس لحؤلاء أن تحجزوا أموال البائنة أو ربعها تفريعا على عدم جواز التصرف فى هذا الربع أو تلك الأموال ، إلا أن تكون ديونهم متعلقة بشئون الزوجية أو خاصة بادارة الزوجة .

فالمهم اذن أن أموال البائنة عند انفصال الأموال ترد الى يد الزوجة ، ولكنها تحتفظ عميزها الآخرين وهى المنع من التصرف وعدم جواز الحجز ، ومع هذا فقد أبيح للزوجة على سبيل الاستثناء أن تتصرف فى مال البائنة :

أولا: إذا أباحت لها مشارطة أمو ال الزوجية ذلك بنص صريح بأن واجه النص حالة انفصال الأموال وجعل للزوجة حق التصرف في مال الياتنة فى ظل هذه الحالة . وكذلك الشأن فيا إذا كان القانون قد أباح التصرف فى مال البائنة ممقتضى نصوص خاصة . وهذا هوحكم الحالات التى تقدم ذكرها من قبل .

رد البائنة

هذا هو مركز أموال البائنة عند فصل أموال الزوجين . بنى أن تتناول رد البائنة . فالبائنة كا ذكر نا من قبل تسلم للزوج ، و هذا يتمين على الزوج أن ردها ، وأول أمر يعرض في شأن الرد هو سبب الرد . والبائنة يتمين ردها من انحل رباط الزوجية أو منى تقرر فصل الأموال أو منى تضى باعتبار الزوجة ميتة حكما وتمكن وارثها من الاستيلاء مؤقتاً على مالها ، والرابع حالة زوال أهلية الزوج واقامة الزوجة لتولى شئونه . فنى هذه الحالات هيما رد البائنة ، بيد أن الرديم في صور مختلفة . فالأصل أن يتم الرد بن يدى الزوجة مادامت على قيد الحياة فإن ماتت وجب الرد إلى وارثها . ومع هذا فن الحرد لن أنشأ البائنة ويتحقق هذا في فرضن :

فقد يشترط منشئ البائنة أن ترد إليه البائنة فيما إذا ماتت الزوجة ، وهذا هو الفرض الأول . وقد يكون منشئ البائنة أحد الوالدين ، فإن ماتت الزوجة من غير عقب تعين رد البائنة اليه ، وهذا هو الفرض الثانى .

ومي كان مال البائة معيناً بالذات وجب رده بعينه ، ويستنى من ذلك المنقول الذي جرد وقت الزوجية إذ أن قيمته تكون دينا في ذمة الزوج ، وكذلك يكون دينا في ذمة الزوج كل ما كان من المثليات فلا يلزم الزوج إلا برد القيمة ، وتعرض بالنسبة إلى رد الشئ المعين بذاته مسألة النفقات الى انفقها الزوج في سبيل الصيانة ، فإن كانت النفقات جسيمة كان من حق الزوج أن يستأديا ، وإن كانت النفقات من قبيل نفقات التحسين فليس الزوج إلا أن يرجع في حدود دعوى الأثراء وإن كانت من قبيل النفقات من قبيل النفقات من قبيل النفقات المادية تحملها الزوج بإعتباره متمتعاً عن الانتفاع .

. ومى تعن الرد وجب على الزوج أن برد رقبة المال ووجب عليه أيضا أن برد منفعته في حدود خاصة ؛ اذ من المقرر أن على الزوج أن بردمنفعة القَدَّرة الرَّمنية الَّى تَكُملُ آخر سنة من سنى الرَّوجية ، وتُكُون الرَّوجة أَن تقتفى ثمن ملابس الحداد وأن تستأدى أجرة المسكن منى كانت قد تركت أموال البائنة إلى نهاية السنة ، ولها أن تستأدى كذلك نفقة لمدة حول كامل هو مدة الحداد .

واخيرا برامى أن القانون أوجب رد المال المعنى بذاته على الفور دون أن يضرب الزوج أجلا للرد ، أما ما يجب فى ذمة الزوج من ديون فى مقابل قيمة أموال البائنة فقد ضرب القانون الزوج أجلا لا مجاوز السنة من تاريخ تحقق السبب الموجب الرد .

هذه هي القواعد الموضوعية في الرد، الا أن الرديثير مسألة من مسائل الاثبات ، فعلى الزوجة لكى تسرد أن تثبت أن الزوج قد قبض البائنة ، وهذا الاثبات ليس بيسر ، فبراعي أن الزوجة كقاعدة عامة أن تقدم الدليل على القبض مستفادا من نص خاص في مشارطة أموال الزوجية أو من ايصال معن ؛ ولما أن تثبت واقعة القبض بطرق الاثبات كافة ومها القرائن والشهود لوجود مانع من موانع الحصول على الكتابة . الا ان القانون أقام قرينة اخرى تيسر عب الاثبات فقضي بأنه اذا انقضت عشر سنوات على قيام الزوجية ولم يثبت الزوج أنه واصل المطالبة بالقبض في هذه الحال تتوافر قرينة على القبض ، وعلى الزوج اذا أراد نهى هذه القرينة أن يقيم الدليل على أمرين أولهما أنه لم يقبض والثاني أنه واصل المطالبة بالقبض .

(ثانيا) مركز الاموال الخالصة :

تنص المادة ١٥٧٤ من القانون الفرنسي على أن حميع أموال الزوجة الى لا تدخل في البائنة تعتبر أموالا خاصة. وتمين المادة ١٥٧٦ ما المزوجة من على أموالها الحالصة فتقرر أن الزوجة على تلك الأموال حميع الحقوق الى تملكها الزوجة بالنسبة الى أموالها عند انفصال الأموال. ومن هلن النصين يستخلص تعريف المال الحالص وتعين مدى ما الزوجة من سلطات بالنسبة اليه.

أما من حيث التعريف، فالمال الحالص يشمل كل ما خوج عن أموال البائنة وهو مهذه المثابة يشتمل على الأموال المحتفظ ما كما اذا كانت الزوجة تباشر حرفة أو صناعة واحتفظت لنفسها بالأموال التي تستخدمها في هذه الحرفة أو الصناعة ، وكذلك الأموال التي تؤول الها في ظل نظام البائنة من الغبر مع اشتراط عدم دخولها في البائنة ، وكذلك العقارات التي تشترى بأر أموال البائنة أو بقيمة منقولات من البائنة .

والامر فيما يتعلق بالنوعين الاولين واضح. الآأنه يدور فيما يتعلق بالنوع الثالث ، فبالنسبة الى هذا النوع الثالث يعتبر العقار مالا خالصا، يبد أن قيمته تعتبر داخلة فى البائتة ، ومعنى هذا أن العقار فى ذاته يعامل معاملة المال الحالص أما النمن الذى يؤدى فى مقابله عند التصرف فيعتبر قيمة مالية داخلة فى البائتة ولهذا تسرى على تلك القيمة جميع القواعد التى تقدم ذكرها بالنسبة الى أموال البائنة ، وأخص هذه القواعد عدم قابلية المال للتصرف وعدم جواز حجزه.

أما سلطة الزوجة بالنسبة الى المال الخالص فهي سلطة واسعة، اذ يكون للزوجة أن تدير هذا المال وان تتصرف قيه وأن تنتفع به دون أن ترد عليها القيود المتعلقة بأموال البائنة. ولهذه العلة تحددت سلطة الزوج بالنسبة الى الأموال الحالصة تحديدا يتفق مع ظروف العلاقة بين الزوجين.

١ -- فقد تنيب الزوجة زوجها عها فى ادارة المال ، وفى هذه الحالة قد تصدر الزوجة توكيلها للزوج مشروطا بأداء حساب عن وكالته ، فان حدث هذا عومل الزوج معاملة الوكيل ممعى أنه يلزم بأداء الحساب، ويسأل مسئولية الوكيل فها يصدر عنه من أعمال الادارة .

وقد صرحت بذلك المادة ١٥٧٧ اذ قضت بأنه اذا أعطت الزوجة تقويضا لزوجها بادارة أموالها الحالصة على أن يقدم لها حسابا عن الثمرات كان حكم الزوج قبلها خكم أى وكيل آخر ، وهذا الحكم هو نتيجة منطقية لاعتبار المال الحالص من حيث الملكية والادارة حقا للزوجة وحدها. ٧ ــ وقد واجهت المادة ١٥٧٨ فرضا آخر فنصت ما يأتى :ـــ

" اذا تمتم الزوج بأموال زوجته الخالصة دون وكالة ولكن دون معارضة منها ، فلا يلزم عند انحلال الزواج أو عند توجيه أول طلب منها الا بأداء الثمرات التي تم استهلاكها الا بأداء الثمرات التي تم استهلاكها الى هذا الوقت " . وفي هذا القرض الثاني يقم القانون قرينة على أن الزوجة هي التي سلطت زوجها على مالها الحاص ولم ترد أن تسأله حسابا عن ادارته، ولمنذ الا يحق لها أن تطلب اليه تقدم هذا الحساب أو أن تسأله عن الثمرات . ويعتبر الزوج في هذه الحالة في حكم المنتفع ويسأل ، مسئولية صاحب حتى الانتفاع . وقد قضت بذلك المادة ١٩٥٠ اذ قررت أن الزوج الذي ينتفع من أموال الزوجة الحالصة أن محصل على المنفعة ، ولكنه يلزم على نحو الذرام المنتفع بجميع الالزامات التي يتحملها هذا الاخبر.

ولكن حق انتفاع الزوج فى هذه الحالة يتقضى بانحلال رباط الزوجية كما أنه ينقضى منى طلبت اليه الزوجة ذلك ، والامر الجوهرى وفى الحالة المتقدم ذكرها هو مباشرة الزوج لادارة المال الحالص والانتفاع به دون معارضة من الزوجة ودون اصدار توكيل له .

فقيام العنصرين ، عنصر تسلط الزوج على الادارة والانتفاع وعنصر احجام الزوجة عن المعارضة ، هو الذي يقيم القانون على أساسه قرينة ترخيص الزوجة لزوجها بالانتفاع . فالانتفاع في هذه الحالة يقوم على أساس التعاقد الضمني أو الرضاء الضمني . والقرينة في هذه الحالة لا تقبل اثبات العكس الا اذا أقيم الدليل على صدور توكيل من الزوجة للزوج .

۳ – واجهت المادة ۱۵۷۹ الفرض الثالث وهو الحاص بتمتع الزوج بأموال زوجته الحالصة رغم اعتراض الزوجة على ذلك ، فنصت هذه المادة على أنه اذا انتفع الزوج بأموال الزوجية الحالصة رغم تسجيلها لمعارضها كان الزوج مسئولا قبلها عن حميع الثمرات ، تستوى فى ذلك ما يكون قائما مها وما يكون قدتم استهلاكه . هذا هو نظام أموال البائنة، ويعالج أكثر شراح القانون الفرنسي هذا انتظام مع نظامين آخرين هما نظام أموال الزوجية النافي للاشتراك ونظام فصل أموال الزوجية. ويصفون الانظمة الثلاث بأنها نظم ترمى الى فصل الأموال اذا الواقع أن نظام أموال البائنة هو نظام فصل للأموال لا يملئ بأموال الزوجة الحالصة ، أما فيها يتعلق بأموال البائنة فهي أموال لا يملك الزوج حق التصرف فها فها عدا ما استثنى ، وتكاد سلطات الزوج بالنسبة الى هذه الأموال تعادل سلطاته في ظل نظم أموال الزوجية المنفصلة.

وعلى هذا النحو لا يبثى لاستكمال النظم التى تتسم بخصيصة الفصل الا دراسة نظام الاموال النافى للاشتراك ، ودراسة نظام الانفصال بن الأموال.

المطلب الثاني

ف نظام الأموال النافي للاشتراك

عالج القانون الفرنسي النظام النافي للاشراك في القسم التاسع و نص في المادة ١٥٧٩ على أنه عندما يصرح الزوجان أمها الاغضمان لنظام البائنة و ١٥٧٩ على أنه عندما يصرح الزوجان مع انفصال الأموال، يسرى على آثار مثل هذا الاشتراط ماياتي من الاحكام . ثم نصت المادة ١٥٧٠ على أهم حكم من الاحكام المشار الها من قبل فقضت ماياتي "لايكون من شأن الشرط الحاص باتمام الزواج بغير اشتراك في الاموال اعطاء الزوجة حتى الشرط الحاص باتمام الزواج بغير اشتراك في الاموال اعطاء الزوجة حتى مقلمة للزوج للانفاق على شئون الزوجية . وعقبت على ذلك المادة ١٩٥١ في يده ادارة الأموال المنقولة التي تؤول إلى الزوجة بوصفها بائنة أو تؤول الها خلال قبي تملكها الزوجة ويكون له حتى الزواج ، وذلك مع مراعاة وجوب الرد عند انحلال رباط الزوجية أو بعد انتقال الأموال المتفيق حكم يصدر من القضاء . وبين من هذي النصن انتصال الأموال ، وقبان غل مقامها هو نظام ناف للاشتراك ، في هذه الحالة في الأموال، وقصا على أن نظامهما هو نظام ناف للاشتراك ، في هذه الحالة في الأموال ، وقصا على أن نظامهما هو نظام ناف للاشتراك ، في هذه الحالة في الأموال ، وقصا على أن نظامهما هو نظام ناف للاشتراك ، في هذه الحالة في الأموال ، وقصا على أن نظامهما هو نظام ناف للاشتراك ، في هذه الحالة المحالة المحالة المحالة الحالة الحالة المحالة المحالة المحالة المحالة المحالة المحالة الحالة الحالة المحالة المحالة المحالة المحالة المحالة الحالة المحالة الحالة الخولة المحالة المحالة المحالة المحالة الحالة المحالة المحالة المحالة المحالة الحالة المحالة المحالة الحالة المحالة الحالة المحالة المحالة المحالة الحالة المحالة وحداله المحالة ال

يكون الزوج حتى ادارة أموال الزوجة وحتى الانتفاع بهذه الأموال على أساس أن منفعة الأموال المتقدم ذكرها تعتبر بمثابة حصة الزوجة في الانفاق على شئون الزوجية . ولهذا يكون الزوج حتى الانتفاع . على أن الزوجين أن يقررا المادة ١٩٣٣ بما أن الزوجين أن يقررا في مشارطة أموال الزوجية الحد من حتى الزوج في الانتفاع بأموال الزوجية كلها ، وهذا هو الامر الذى تقرره المادة ١٩٣٤ إذ تنص على أن شرط اختيار نظام الأموال النافي للاشتراك لا يحول دون أن تقيض الزوجة سنويا جزما من ربح أموالها انتفقه على نفسها وعلى شئونها الحاصة .

ومن هذا بين أن أهم ماعمز نظام أموال الزوجية النافى للاشتراك هو تمتع الزوج محق انتفاع بالنسبة إلى أموال الزوجة ولا يحدمن هذا الحق الابنص فى مشارطة أموال الزوجية .

هذا من حيث الانتفاع وادارة مال الزوجة ، أما من حيث ملكية رقبة
هذه الأموال ، فهذه الملكية تكون ثابتة للزوجة وحدها ولا يشترك الزوج
مع الزوجة في ملكية تلك الأموال بوجه من الوجوه، وإن ملك حق الانتفاع
بها ، ويترتب على ذلك أن الزوجة هي التي تنفر د نحق التصرف فيا تملكه
من أموال ويكون لدائني الزوجة السابقين على الزوجية حق التنفيذ على هذه
الأموال رقبة ومنفعة ، ويكون للدائنين اللاحقين حق التنفيذ عليها في حدود
الرقبة وحدها .

وخلاصة ماتقدم أن نظام الأموال النافي للاشر اك يقوم على فكرتن : الأولى : استقلال الزوجة بملكية أموالها ، والثانية : تمتع الزوج محق ادارة أموال الزوجة والانتفاع بها إلا إذا خصت الزوجة نفسها بنصيب معلوم في الانتفاع بأموالها في مشارطة أموال الزوجية .

المطلب الثالث

· فى غظام انفصال الأموال

إذا نص الزوجان في مشارطة أموال الزوجية على أن تكون أموالهما منفصلة أدى ذلك إلى نفس النتائج التي تترتب عند التجاء الزوجين المشتركين فى نظام اشراط الأموال ممتضى حكم قضائى ، والانفصال فى الحالتين يؤدى إلى نتائج متحدة اللهم الا مستثنيات قليلة تنصل بحق الزوج فى الاعراض على اشتفال الزوجة محرفة معينة وببعض تفصيلات أخرى لا محل للخوض فها

ونظام انفصال الأموال بين الزوجين يقوم على مبدأين أساسيين :

أولهما : مبدأ استقلال كل من الزوجين علكية ماله . وثانهما : مبدأ وجوب اشتراك الزوجة في الانفاق من ربع أموالها على شئون الزوجية .

والجمع بين المبدأن يؤدى إلى الكشف عن تلازم نظام الأموال مع ماتقتضى رابطة الزوجية من تبعات مالية .

أولا : استقلال كل من الزوجين بتملك أمواله : يستقل كل من الزوجين بتملك أمواله في نظام انفصال الأموَّال ، وقد نصت المادة ١٥٣٦ ونقًّا لصيغتها المعدلة في سنة ١٩٤٢ على مايأتي "إذا نصت مشارطة أموال الزوجية على أن الزوجين نختاران نظام انفصال الأموال يكون للزوجة حتى ادارة أموالها الحاصة وحق الانتفاع بها وحق التصرف فيها ". وسهذا النص أكد المشرع حق الزوجة في الملكية الكَامَلة لأموالها الحاصة وفي ادارة هذه الأموال ، ولم يكن هذا النص الا تمرة تطورطويل. فعند وضع التقنين المدنى الفرنسي كانت أهلية المرأة محدودة فلم تكن تملك القيام بعمل منّ أعمال التصرف الا بموافقة الزوج . ولهذا كان النص المتعلق خرية الزوجة في تملك الأموال وادارتها نصا نظريا ، إذكانت تقيده القواعد الأخرى المتعلقة بالحد من أهلية الزوجة ، وعلى هذا النحو لم تكن الزوجة تملك قديما الا أعمال الادارة بوجه عام كالتأجير لمدة قصيرة وقبض الأجرة وشراء المبذورات للزراعة والانفاق على الزراعة وكل مايتصل باستثمار المال دون أن يؤثر في كيان هذا المال. ولهذا كانت الزوجة بمنوعة من التصرف الا باذن الزوج ، ثم عدل التشريع الفرنسي تعديلاً أكمل للمرأة أهليتها ، وكان من شأن هذا التعديل أن أصبحت الزوجة تتمتع محرية التصرف فى العقار والمنقول على حدسواً. ، وأصبحت كذلك تتمتع ُ عُرية كاملة في ادارة اموالها وفي الأنتفاع من هذه الأموال في ظل نظام انفصال الأموال . .

ويلاحظ أن نظام الأموال الاتفاقى لايجوز تغييره ، ولهذا لايكون نظام النفصال الأموال المستمد من مشارطة أموال الزوجية قابلا للتغيير على نقيض نظام نصل الأموال الذي يتقرر محكم قضائى بسبب فساد ادارة الزوج مثلا ، فهذا النوع الأعمر بجوز تغييره والعودة إلى النظام الذي كان مطبقا قبل صدور حكم القضاء إذا كان في الظروف ماعمل على ذلك .

ويلاحظ من ناحية أخرى أن حرية الزوجة في التصرف في مالها تعتبر مطلقة في الوقت الحاضر ، ولكن هذه الحرية لاتمنع من اتفاق الزوجت ، على أن تلزم الزوجة بأداء نصيب من نفقات الزوجية ، وفي حدود هذا النصيب قد تتقيد حرية الزوجة عملا في ادارة أموالها وفي الاستثنار بمنفعة تلك الأموال ولكن هذا التقيد العملي لايتقر كم من أحكام القانون ، إذ تعتبر الزوجة في هذه الحالة مجرد مدينة بالنصيب الذي الترمت بأدائه ، ويكون الزوج هو الدائن لما في حدود هذا النصيب؛ فان تخلفت عن الأداء كان حكها حكم أي مدن يقصر عن الوفاء بدينه وليس على وجه التحقيق أي حتى عيبي أموال المدن .

فخلاصة المبدأ الأول اذن أن الزوجة تملك حق التصرف في أموالها الخاصة ، يستوى في ذلك العقار والمنقول ، كما أنها تملك حق الادارة والانتفاع ، وفي حدود حق الادارة والانتفاع نختلف نظام الأموال النافي للاشتراك عن نظام فصل الأموال الكامل .

ثانيا: الا أن استقلال كل من الزوجين علكية ماله وبحق ادارته والانتفاع به لا يؤدى عملا ولا قانوناً إلى ذلك الاستقلال النظرى الكامل اللهى قد يتبادر إلى الذهن ، ذلك أن الحياة الزوجية تقنى الزوجة نصيبها من المساهمة في الانفاق ، ولهذا نصت المادة ١٩٣٧ في صيفها المعدلة في سنة ١٩٤٧ على الزام كل من الزوجين بالمساهمة في اعياء الزوجية وفقا لما ينص عليه انفاقهما، فإن لم ينص الانفاق على شيء ، فوفقا للنسب المنصوص عليه المادة ٢١٤ وقد نصت هذه المادة على ماياتي " إذا لم تتعرض مشارطة أموال الزوجية لنصيب الزوجين في أعياء الزوجية وجب أن يساهما في هذه الأعباء وفقاً لقدرة كل منهما أو سعته ، ويقع الالتزام مهذه الأعباء

فى الأصل على عانق الزوج ، فن واجه أن يوفر كل ما يلزم لمعيشة الزوجة وفقاً لمقدرته وسعته ، وتؤدى الزوجة النزامها فى أعباء الزوجية بما نقدم من حصة فى أموال البائنة أو فى الاموال المشركة أو بالاقتطاع من مواردها الحاصة التى تتولى هى ادارتها ".

ويتضح من هذين النصن أن الزوجة تلزم بالانفاق على الحياة الزوجية وفقاً لأحكام مشارطة أموال الزوجية أو وفقاً لأحكام القانون، فإذا وجد نص فى المشارطة محدد نصيب الزوجة فى الانفاق على شئون الزوجية وجب اتباع هذا النصي، وفي هذه الناحية نختلف فصل الأموال القضائية عن انفصال الأموال الانفاق المقرر عقتضى المشارطة ، فهذا الأخير يقبل الراضى على تعين نصيب معلوم تساهم به الزوجة فى أعباء الحياة الزوجية دون نظر إلى مواردها أو سعتها .

والغالب أن تقيد مشارطة أموال الزوجية في نفقات الزوجية و لا سيا في الاسر الموسرة ولكن قد يقع أن تغفل مشارطة أموال الزوجية تعين نصيب الزوجة في الانفاق على شئون الزوجية ، وفي هذه الحالة يلجأ الى نصى القانون ، وكان القانون قديما يقفي بالزام الزوجة بالمساهمة في حدود ثلت النفقات ولكن القانون الفرنسي الغي هذه النسة في تعديله الاخير ووضع قاعدة عامة مؤداها أن عبء الانفاق يقع على الزوج بصورة أصلة ولكن في حدود سمعته ويساره ، ثم جعل على كل من الزوجين عبه المساهمة في تلك الاعباء في حدود سعة كل مهما كذلك .

هذان هما المبدآن اللذان يتحكمان فى نظام فصل الأموال ، ويستتبع تطبيق هذين المبدأين اثارة مسألتين :

أولاهما : مسألة قيام الزوج بالادارة ، والثانية : حقوق دائني الزوج في أموال الزوجة .

ففها يتعلق بالمسألة الاولى ، يلاحظ أن حق الزوج فى ادارة أموال الزوجية نخضع لعين القواعد التى تطبق فى صدد ادارة الزوج للأموال الخالصة فى ظل نظام البائنة . أما فيا يتعلق بالمسألة الثانية ، فالأصل أنه لا يجوز لدائتي الزوج أن يقتضوا ديوسهم من أموال الزوجة ، لا من الرقبة ولا المنفعة ، لأن هذه الأموال من حق الزوجة رقبة ومنفعة . ولكن أثير الامر بالنسبة الى الديون المترتبة بسبب الانفاق على الشئون الزوجية ، وفي هذه الحالة يتجه الرأى الى أنه لا يجوز للدائر أن يحجز مباشرة أموال الزوجة الااذا استمعل الدعوى غير المباشرة باعتبار أنه يباشر حق الزوج الذي يعتبر دائنا للزوجة بنصيها في نفقات أموال الزوجية ، كما أن للدائين أن يرجعوا بصورة تبعية على أموال الزوجة في هذه الحدود اذا كانت هي الى عقدت الدين .

وتقوم الزوجة غالبا بوفاء نصيبها من النفقات الزوج مع الحصول على ايصال مثبت لذلك ، ومنى انقضت الزوجية اما بالوفاة أو بانحلال رابطة الزوجية أبق كل من الزوجين على ماله ، ولكن المسألة تتعقد بالنسبة الى المتقولات بوجه خاص ، في كثير من الحالات تختلط منقولات الزوجين بعضهما ولذلك يلجأ الى القرائر في تعيين ما يكون مملوكا للزوجة وما يكون مملوكا للزوجة ألى يلجأ الها عادة هي قرينة الاستمال ثم قرينة الحيازة.

وفى صدد قرينة الحيازة يلاحظ أن المنقولات المنزلية تعتبر مملوكه لمن يكون عقد الابجار قد عقد باسمه من الزوجين.

هذه هي النظم الانفصالية الثلاثة ، بنَّي أن نواجه نظم الاشتراك.

المطلب الرابع فى نظام اشتراك الأموال

يمتىر نظام الاشتراك في أموال الزوجية هو النظام ذو الولاية العامة ، ممى أنه يطبق كلما تم الزواج دون مشارطة ، وبديهي أنه يطبق عند الاتفاق في المشارطة على اتباعه . ويتضح من الاحصاءات أن نظام الاشتراك في الأموال هو الذي يتبع في فرنسا في زهاء ٧٥٪ من حالات الزوجية وهو لذلك يظفر بمناية خاصة من الفقه والقضاء .

وقوام هذا النظام أن ثمة قدرا من الأموال غضم لمشاركة الزوجين ، والغريب في هذه المشاركة أنها منذ نشأت في العصور القديمة قد احتفظت بمميز انها حتى اليوم، فيا عدا تعديلات قليلة ترجع بوجه خاص الى ما أدخل من تعديل في مركز المرأة المتروجة في فرنسا .

فقديما اعترف للزوج محق ملكية لأموال الزوجية بأسرها، فكان الزوج يعتر مالكا لمال البائنة فحسب بل ولجميع أموال الزوجية سواء مها ما كان مملوكا ملكية خاصة الزوجة وقت الزواج ومآلك ملكيته فيا بعد إلى كل من الزوجين ، دون تفريق في ذلك بين مال ومال . ولم يكن الزوج في ظل هذا النظام مسئولا إلا عن رد مال البائنة .

هذه هي المقدمة الأولى التي نشأ في ظلها نظام الاشتراك في الأموال ، وقد تمثل هذا النظام في قاعدتين :

الأولى نشأت في اعطاف العرف ومؤداها أن الزوجة كانت عند وفاة الزوج تتملك نصيبا فيا يسمى بمقتضيات الزوجية أو أرباح الزوجية أو الأموال الطارئة ، فكل ما كان يكتسبه الزوجان من مال خلال الزوجية كان يعتبر ناشئا عن نشاط الزوجين راجعا إلى تدبيرهما للمال واقتصادهما في انفاقه. ولما كانت الزوجة شريكة في الحياة الزوجية، فقد جرى العرف باختصاصها بنصيب من الأموال الطارئة عند وفاة الزوج.

والثانية جرى بها العرف وكانت تتصل بالمنقولات، إذ جعلت المنقولات منذ زمن بعيد ملكا مشتركا بين الزوجين ، و يرجع هذا العرف إلى اتفاق ضمنى كان يقع بين من يتعاشرون ويعيشون تحت سقف واحد دون زواج، إذ كان من المفهوم بينهم أن العشرة إذا استمرت أكثر من عام، ولو جاوزت العام بيوم واحد، أدى ذلك الى تملك الرجل المنقولات التي كانت ملكا للمرأة من قبل ، وعلى هذا النحو وجدت قاعدتان ، الأولى تجعل الاشتراك يتناول الأموال الطارئة ، والثانية تجعل الاشتراك يتناول المنقول .

وعلى هذا النحو تمدد نطاق الأموال التي تتناولها الملكية المشتركة ودخل في هذا النطاق ما يسمى بالمال الطارئ كما دخل فيه كل مال منقول . والمال الطارئ على ماتقدم ذكره هو كل مال تمكسب الملك فيه بعد انعقاد الزواج بسبب عتلف عن الأرث أو التعرع ، وبعبارة أخرى هو كل مال يتم كسبه بعد ذلك التاريخ بعقد من عقود المعاوضة .

أما المنقول فلا يقتصر أمره على ماتأتى به الزوجة من أموال منقولة وقت الزواج بل يثناول جميع المنقولات سواء منها ماكان مملوكا وقت الزواج وما تجد ملكيته بعد ذلك .

هذا هو نطاق الاشراك فى الأموال ، وفى ظل هذا الاشراك يتمتع الزوج بحقوق أوسع من حقوقه المقررة بمقتضى نظام الانفصال .

فبراعی أولا أن الزوج كان علك فى ظل نظام الاشتراك حتى التصرف المطلق فى الأموال المشتركة ولو بعلمويق الهبة ولم يكن للزوجة أن تمترض عليه فى ذلك .

و براعى من ناحية ثانية أن الزوج هو الذي علك فى ظل نظام الاشعراك حق الانتفاع بالأموال الحاصة للزوجة اذ يقول الفقه أن الأموال المشركة هي التي تؤول إليها منفعة الأموال الحاصة .

و براعي من ناحية ثالثة أن الأموال المشتركة وإن كانت تملك الزوجة حق الرقبة فها ألا أن الزوجة كانت محدودة عن التصرف من جراء نقص أهليتها في القانون القديم فكان من الواجب أن تحصل على اذن من زوجها بالتصرف .

وبديهى أن تقرير هذه الحقوق للزوج كان يقتضى من ناحية أخرى تقرير ضيانات للزوجة ؛ ولهذا جعل القانون للزوجة أولا حق طلب فصل الأموال فيا لو آنست فى زوجها انحرافاً عن سنن الاستقامة فى الادارة ، فتى وضع فساد ادارة الزوج كان للزوجة أن تضع حداً للمشاركة من طريق طلب فصل الأموال .

وجعل القانون للزوجة كذلك أن تشرط عندما يؤول إلىها المال المشرك قصر مسئوليتها من الديون على مقدار المال الذي آل إليها عيث لاتسأل عن الديون منى جاوز قدره المال المشترك. وأخبراً جعل القانون للزوجة حتى رهن عام على أموال الزوج الحاصة ، ولهذا يلجأ الزوج حند التصرف فى أمواله الحاصة الى الحصول على موافقة الزوجة إن أراد رهن شيء من أمواله .

هذه هي المعالم البارزة في نظام الاشتراك في الأموال . وقد بني هذا النظام إلى الآن في حلته دون تغيير اللهم ألا ما طرأ عليه بسبب الواقع وما طرأ عليه بسبب التعديدين اللذين أدخلا على التشريع الفرنسي .

فنى نطاق الواقع ازدادت أهمية الثروة المنقولة وبدأت الأوراق المالية تحل محل العقارات ولما كان الزوج مملك حق التصرف فى المنقول وكان كل منقول يدخل فى نطاق الاشتراك فقد نشأ عن ذلك أن اتسع نطاق الأموال المشتركة واتسع نطاق سلطان الزوج عليها .

ولكن يلاحظ أن هذا الاتساع تحد منه قواعد استحدثت خلال تطور طويل . وأهر هذه القواعد أن الزوج منع من التبرع بالمقار ومنع من التبرع بالمقار ومنع من التبرع بالمقولات في حملتها أو عصة من جملة الأموال المنقولة . هذا الى أن التعديل الذي أدخل على التشريع الفرأة أملية كاملة عشر تعبراً عملياً عن تمتع الزوجة محق التصرف في الأموال المشركة . وأخبرا يلاحظ أن تشريع سنة ١٩٤٧ جعل من حتى الزوجة الى تباشر حرفة أو صناعة مستقلة أن تحتفظ علكيتها في حدود هذه الصناعة أو تلك الحرفة وأن تستقل بادارة هذه المكية والانتفاع بها .

طبيعة نظام الاشتراك

هذا هو نظام الاشراك في الأموال ، وهو في ظاهره نظام يسير ، ولكنه من حيث التعريف أو التعليق نظام كثير التعقيد ، والمسألة الجوهرية في هذا النظام هي الحكم على طبيعة الاشراك في الأموال فهل يعتبر هذا الاشتراك من قبيل الشيوع في الملكية أم من قبيل ملكية الشركات أم من قبيل التشخيص المعنوى للذمة المنفضلة ، أم من قبيل ملكية اليد المشتركة .

الجواب أن الاشتراك فى أموال الزوجية لا يختلط بأى نظام من النظم . التى تقدم ذكرها وانما هو نظام خاص ينفرد به التشريع الفرنسى والتشريعات التى نسجت على منواله . وهذه حقيقة جديدة بالتأمل فى مصر ، اذ أن مصر لاتعرف هذا النوع من الاشتراك فى الملكية ولذلك لايجوز للقضاء المصرى أن يقز قيام هذا النوع من الاشتراك على الأموال التى بملكها الأزواج الفرنسيون فى مصر

وتفصيل ما تقدم أن الملكية الشائعة تقوم على فكرتين جوهريتين : الأولى تملك كل شريك فى الشيوع لحصته ملكية فردية أو حاجزة ، و لذلك بملك المشتاع أن يبيع حصته وأن يتصرف فيها ممفرده ، والثانية أن كل شريك فى الشيوع بملك فى كل جزئية من جزئيات المال الشائع نصيبا يعادل حصته .

وهاتان القاعدتان لانظير لها فى مال الزوجية المشترك فهذا المال يعتبر مملوكا الزوجين معا نحيث لايستطيع أيهما أن يقرر أنه مملك حصة فيه ، فالملكية لهما مشتركين لامنفردن يحتص كل مهما يحصة من الحصص .

ثم أنه يلاحظ أن ادارة المال الشائم تقتضى في الأصل احماع الشركاء المشتاعين أو على الأقل وفقاً لاحكام التقنين الجديد تراضى أغلبية الشركاء أما مال الزوجية المشترك فيستقل الزوج بادارته والانتفاع به دون تدخل من الزوجة . ثم أن الأصل في الشيوع أنه وضع مؤقت ، فلكل شريك أن يطلب الحروج من الشيوع من طريق القسمة ، إلا إذا وجد اتفاق يقفى يغير ذلك ، ومثل هذا الاتفاق لا بجوز أن يقيد المشتاع أكثر من سنوات حمس ، أما الاشتراك في أموال الزوجية فهو وضع دائم يبتي قائما ما يقيت الزوجية قائمة ، فلا بجوز في أموال الزوجية ولا بجوز الحروج منه بالتراضى إعمالا لقاعدة عدم جواز تعديل مشارطات الزوجية .

هذا ومختلف الاشتراك في الأموال عن ملكية الشركات لأموالها ، في الشركة يبغى الشركة يبغى الشركة يمقيق رمح ، أما في نظام الاشتراك في أموال الزوجية فليس المقصود هو تحقيق الرمج واتما المقصود بذلك هو الانفاق على شئون الزوجية وتربية الأولاد والقيام على مستقبلهم ، وهذا غرض مختلف كل الاختلاف عن أغراض الشركة . ثم إن دائن الشركة لايستطيع أن يقتضى دينه من أموال الزوج الحاصة .

ولهذا رأى البعض أن يقرب ما بين الاشتراك في مال الزوجية وبين ملكية الجمعيات أو ملكية الأشخاص المعنوية بوجه عام ، واذا كان في القانون الفرنسي ما يوحي بامكان هذا التقريب إلا أن الفقه والقضاء مستقران بقدر استقرار التقاليد القديمة على نبي فكرة الشخصية المعنوية ، وسند هذا النبي أن التشخيص المعنوي يؤدئ الى وجود ذمة منفصلة الزوج وذمة منفصلة الروجة وذمة منفصلة الترتب المؤوجة وذمة منفصلة المتكرك المكان المائيان المائيان المائيان المائيان المائيان مائي واحد بعد أن المتصود بتنظيم أموال الزوجية هو اخضاع الزوجين لكيان مائي واحد بعد أن أصبحا محكم الزوجية غضعان لكيان روحي واحد.

ولهذا حرصت عكمة النقض الفرنسية على تأكيد وحدة الغرض من رباط الزوجية ولم ترفى سبيل هذا التأكيد أن تفرق بين مال مشترك ومال غير مشترك و الزوجية ولم ترفى سبيل هذا التأكيد أن تفرق بين مال مشترك والآخر لها لأغراض الزوجية كذلك، ولا يمكن تخصيصها الزوجية كذلك، ولا يمكن أن تجرد من هذا التخصيص وإن لم يكن تخصيصها معادلا من حيث الطهور لتخصيص المال المشترك ، فالرأى في القضاء الفرنسي أن المال المشترك لايتمتع بشخصية معنوية ولذلك يسوغ لدان الزوج أخاص ، وهذه هي المسألة الجوهرية التي يقف عندها الفقه الفرنسي .

ويلاحظ أخبراً أن المال المشرك نختلف عن ملكية اليد المشتركة التي ظهرت فى ألمانيا، فهذه الملكية تقوم على فكرة تخصيص الذمة وتمجعل المال المشترك خاضعا فى التصرف ليدالشركاء حميا وليس هذا هوشأن مال الزوجية المشترك، إذ أن للزوج أن ينفرد بالتصرف فيه على الوجه الذى تقدم بيانه .

ولهذا يعتبر نظام الاشير اك فى الأمو ال نظاما من نوع خاص يستقل عن النظم الىيتقدم ذكرها : وإن كان ينطوى فى بعض وجوهه على معان يمكن أن تصادف بصورة أو أخرى فى تلك النظم .

وسنتناول فيها يلى مسألتين أساسيتين ، الأولى : نطاق الأموال المشتركة والأموال الحاصة بكل من الزوجين ، والثانية : سلطات الزوج على الأموال المشتركة .

(أولا) نطاق الأموال المشتركة والأموال الحاصة :

تناول القانون الفرنسى نظام الاشتراك في الأموال في المواد ١٣٩٩ والمعدا وقد قررت المادة ١٣٩٩ أن نظام الاشتراك ، سواء منه القانوني والانفاق ، يبدأ من يوم عقد الزواج أمام مأمور الحالة المدنية ولا بجوز الانفاق على تحديد موحد آخر لبدء سريانه . ويتضح من هذا النص أن القانون الفرنسي يفرق بين الاشتراك القانوني والاشتراك الانفاق ، فالأول هو الذي يخضح لأحكام القانون ولو سكت الماقدان عن تنظيمه ، أما الثاني فهو الذي يتفق فيه الزوجان صراحة على اتباع نظام الاشتراك ويضمان فيه من التفاصيل ما يقع عليه التراضى فيا ينهما . وفي ظل النظام الاتفاق يكون للزوجين أن يضيقا أو يوسعا من نطاق الأموال المشتركة وفقا لما يتفقان عليه في مشارطة الأموال الزوجية ، فإن سكتا اتبع النظام المقرر في القانون . ومن المفهوم أن ذلك لايني وستقصر على دراسة النظام المقرر في القانون ، ومن المفهوم أن ذلك لايني

وقد تضمن القانون الفرنسي قاعدة عامة في شأن النظام القانوني فقضي في المادة ١٤٠٠ بأن نظام الاشتراك الذي يتقرر بمجرد التصريح بأن الزوجين يتروجان في ظل نظام الاشتراك أو الذي يترتب عند عدم وجود مشارطة أموال الزوجية، يخضع للقواعد الواردة في الفصول الستة التالية . ويتناول الفصل الأول بيان ما تتكون منه الأموال المشتركة من الناحية السلبية والناحية الإيجابية أي بيان ما يكون مملوكا من أموال مشتركة وما يعتبر ديونا مشتركة بحب الوفاء بها من تلك الأموال . ولذلك ينبغي أن نتناول دراسة الأموال الداخلة في الاشتراك ثم الأموال الحاصة بكل من الزوجين وأخيرا الديون المشتركة في الاشتراك ثم الأموال الخاصة بكل من الزوجين وأخيرا الديون المشتركة في

(ثانيا) الاموال الداخلة في الاشتراك :

توجد قرينة يقرها القانون الفرنسي مؤداها أي الأصل في أموال الروجين في ظل نظام الاشتراك هو دخول المال في هذا الاشتراك إلا أن يثبت المكس، وهذه القرينة مقررة في المادة ١٤٠٧ التي تقضي بأن كل عقار يعتر مالاطارثا ويذخل في الأموال المشركة مالم يثبت أن أحد الروجين كان مالكا له أو حائزا له في تاريخ سابق على الرواج أو أنه آل إلى أحدهما بالمراث أو الهبة بعد ذلك. فالأصل كما هو واضح من القاعدة التي طبقها النص في شأن العقارات أن يعتبر المال مشتركا ملم يثبت العكس ، ويدخل في الأموال المشتركة ماياتي :

 المنقولات سواء منها ماكان موجودا وقت الزواج أوجدت ملكيته بعد ذلك .

 (ب) العقارات التي تؤول إلى أحد الزوجين بعقد من عقود المعارضة أثناء الزواج .

(ج) ابرادات وثمار الأموال الخاصة بكل من الزوجين والحاصة بداهة بالأموال المشتركة .

(د) دخل الزوجين منعملهما.

١ ـ المنقولات : نصت المادة ١/١٤٠١ على أن و الأموال المشتركة تتكون أولا حميم المنقولات التي علكها الزوجان وقت انعقاد الزواج وكذلك المنقولات التي تؤول إلها خلال الزواج ولو بطريق المراث أو الهبة مالم يشترط الواهب غير ذلك ﴾. ويتضح من هذا النص أن جميع المنقولات التي علكها الزوجان قبل الزواج أو تؤول الها بعد ذلك تعتبر جزءا من الأموال المشتركة . وقد أشبر من قبل إلى أنه يستثنى من ذلك المنقولات الموهوبة بشرط عدم ادخالها في الأموال المشتركة ، فإذا كان الواهب مملك التبرع فهو علك من باب أولى أن يتبرع بشرط عدم ادخال المال الموهوب في نطاق الاشتراك ، ويعتبر الشرط صحيحاً في هذه الحالة ، ويكون المنقول الموهوب على هذا الوجه خارجا عن نطاق الاشتراك. وقد تساءل الفقهاء على علة تسامح القانون الفرنسي في ادخال المنقولات حميعا في نطاق الأموال المشتركة ، وبدأ الشك يساور الفقه والقضاء بالنسبة إلى التفسير التقليدي لهذه القاعدة . فقدما قيل أن هذا التفسير ينحصر فى تفاهة قيمة المُنقول، ولكن الواقع أن التطور الحديث جعل للثروة المنقولة شأنا يفوق شأن الثروة العقارية ، وَلَهٰذَا اتَّجِهُ الرَّأَى فِي فرنسا إلى التضييق. من مفهوم اصطلاح المنقول وبذلت محاولات شي لقصر مفهوم الاصطلاح على المنقولات المادية ؛ ولكن محكمة النقض الفرنسية وقفت في سبيل هذه المحاولات واستقرت على أذ المقصود بالمنقول هو كل منقول مادى وكل حق مصوى آخر لايكون من قبيل ملكية العقار أو الحقوق العينية العقارية . وبذلك يدخل في اصطلاح المنقول حقوق الدائنية أو الديون المترتبة لأحد الزوجين على الغبر ، وتدخل الأوراق المالية من أسهم وسندات ، بل و برى البعض ادخال الحقوق المسهاه بالملكية الأدبية كحقوق المؤلفين ومن الهم .

إلا أن الاتجاهات الفقهية أسفرت عن تعديل طفيف أفضى بوجه خاص الى ترجيح الرأى القائل بعدم ادخال الملكية المعنوية كحق المؤلف فى نطاق الأموال المشتركة والاقتصار فى شأتها على ادخال ريمها فى نطاق الاشتراك . ولمل نما يوجه هذا الرأى أن حقوق الملكية المعنوية تم بطابع شخصى بجعل من العسير فعملها عن شخص المالك .

٧ - العقارات: يدخل في الأموال المشتركة كل عقار يكتسب بسبب غير الأرث أو التبرع أثناء قيام الزوجية ، والحكمة في ذلك أن ما يكتسب من الأموال أثناء قيام الزوجية بعقده المعاوضة يفترض فيه أنه قداكتسب بفضل تعاون الزوجين ولذلك يدخل مثل هذا المال في نطاق الأموال المشتركة على المتقولات فكل منقول يكتسب بسبب من أسباب المعاوضة يدخل كذلك في نطاق الأموال المشتركة ويدمهي أن القاعدة بالنسبة للمتقول تطرد وتسرى كا تقدم حتى في شأن المتقولات التي تكتسب بسبب من أسباب التبرع ما لم كا تلدع قد اشترط صراحة أن يظل المتقول ملكا خالصا لمن تم التبرع الصالحة.

٣ - ثمار الأموال المشتركة وثمار أموال الزوجة الحالصة: ويدخل كذلك في نطاق الأموال المشتركة ثمار وربع الأموال المشتركة وكذلك ثمار وربع الممال المشتركة وكذلك ثمار وربع الممال المشتركة الحكمة في ذلك أن الزوج يصير صاحب حق انتفاع بالنسبة الى الأموال الحالصة ، وهو صاحب حق في الملك المشتركة بالنسبة إلى الأموال المشتركة ، ولهذا رؤى أن يكون ربع الأموال جميعا وثمارها من قميل المال المشتركة أقدام الزوجية .

٤ - دخل ألزوجين من عملهما : ودخل الزوجين من عملهما أياكان نوع هذا العمل يعتبر داخلا في الأموال المشتركة اذ المفروض - ولا سيا في العصر الحديث - أن دخل كل من الزوجين من عمله محبس على أغراض الحياة الزوجية ، ولذلك يدخل دخل الزوج من عمله في نطاق الأموال المشتركة أياكان قدره وأياكان مصدره ، وكذلك الشأن فيا يتعلق بدخل الزوجة من عملها إلا أن يكون هذا الدخل ناشنا عن حرفة أو صناعة معينة استقلت الزوجة بمباشرتها على الوجه الذي تقدم بيانه من قبل .

(ب) الاموال الخالصة :

توجد هذه الأموال إلى جانب الأموال الداخلة فى نطاق الاشتراك ، وهذه الأموال قد تكون حقا خالصا الزوجة وقد تكون حقا خالصا الزوج: كما أنها قد تكون من المقارات وقد تكون من المنقولات .

وعلى هذا النحو نصادف في الحياة الزوجية مجموعات ثلاث من الأموال:

الأولى : الأموال الداخلة فى ذمة الزوجة وحدها ، والثانية : الأموال المشتركة ، والثالثة : الأموال الداخلة فى ذمة الزوج وحده .

وستتناول فيا يلي بيان ما يعتبر خالصا من الأموال لكل من الزوجين بادثين بالعقار .

العقارات الحاصة

فالعقارات التى تعتبر مالا خالصا لأحد الزوجن هي جميع العقارات التى تؤول اليه بسبب اللي كانت مملوكة لأحد الزوجين قبل الزواج والعقارات التى تؤول اليه بسبب الالتصاق ، العرب أو التبرع والعقارات التي يكتسب فيها حق الملك بسبب الالتصاق ، أى اضافة الملحقات الى الملك . كل عقار كان يملك أحد الزوجين قبل الزواج يظل ملكا خائصا له فلا يدخل فى الأموال المشتركة ؛ ويقصد بذلك كل مال من الأموال تحقق سبب الملك فيه قبل الزواج . وعلى هذا الأساس يدخل فى الملك الحالص كل عقار وهب لأحد الزوجين قبل الزواج أو آل اليه بطريق الميراث أو بعقد من عقود المعاوضة قبل الزواج ، وكذلك الشأن فى كل عقار

يم فيه الملك على أساس تقادم بدأ قبل الزواج ولو أن مدة التقادم لم تكمل إلا بعد الزواج ، وكذلك كل عقار يكون حتى الملك فيه قد ثبت بناء على شرط. واقف تحقق بعد الزواج وإن كان قد شرط من قبل ، وكذلك كل عقار كان محلا لتصرف سبق الزواج وابطل بعد قيامه .

وقد قررت هذه القاعدة المادة ١٤٠٤ في فقرتها الأولى اذ نصت على أن "العقارات التي علكهاكل من الزوجين وقت الزواج أو التي تؤول إليه فيما بعد بسبب المراث لاتدخل في نطاق الأموال المشتركة ". والنص بوصفه هذا يستثنى الأموال التي يكون حتى الملك ثابتا فها وقت الزواج من نطاق الأموال المشتركة ، ومن طريق التوسع ادخل فيه كُل مال كان سبب الملك فيه سابقا على الزواج . إلا أن فروضا عرضت واثارت قسطا غير قليل من الحلاف وهذه الفروض تتصل بالأموال التي يكون لأحد الروجين فها نصيب شائع . فلو فرض أن أحد الزوجين كان عملك نصيبا على الشيوع فُّ عقار أو كان بملك على الشيوع نصيبا في تركة تشتمل على عقارات ومنقولات، فما هو مصير هذه الأموال عند تملك الزوج لانصبة الشركاء الآخرين أو عند انتهاء القسمة إلى اختصاصه بمال معن ؟ يفرق في هذا الشأن بن التركات وغيرها ، فإذا كان سبب الشيوع هو الميراث ثم آل إلى الزوج المشتاع مال في القسمة اعتبر هذا المال مملوكًا له من وقت الأرث ودخل أو خرج تبعا لذلك نطاق الأموال المشركة . فلو فرض مثلا أن سبب الارث طرأ بعد الزواج أو كان متحققا قبله ثم تمت القسمة فكان نصيب الزوجة عقارات فحسب ، فني هذه الحالة لاتدخل العقارات في نطاق الأموال المشتركة ولو أن من المفهوم أن ما حصلت عليه الزوجة من عقار كان يعادل نصيمها الشائع في عقارات ومنقولات ، وكذلك الشأن فيها لو خرجت الزوجة من القسمة بقدر مفرز من المنقولات ، فهذه المنقولاتُ تدخل في الأموال المشتركة ولو أن من المفهوم أنها آلت إلى الزوجة باعتبار أنها مقابل النصيب الشائع فى العقار والمتقولات .

و تطبيق القاعدة على هذا النحو يعتبر تعبيراً عمليا عن قاعدة الأثر فيا بين الزوجين، ويطبقانه تطبيقاً دقيقاً ويعنيان سذا التطبيق أن ما يؤول إلى المتقاسم من مال يعتبر مملوكا له وقت القسمة ويعتبر مملوكا له من قبل وكأن تم يسبق عليه ملك لأحد سواه. والصورة الثانية هي الصورة التي تملك فها الزوجة نصيبا من مال شائع ، وفي هذه الحالة يفرق بين فرضين ، فأما أن تتقدم الزوجة وتشرى نصيب شركائها الآخرين واما أن بياع المال ياسره فيرسو مزاده على الزوجة ، وفي كلتا الحالتين تعتبر الزوجة مالكة للمال بأسره ويعتبر هذا المال استثناء من القاعدة العامة ملكا خالصا لها على أن تلزم بأن تؤدى للمال المشترك تعويضاً عا أخذته منه لتملك القدر الزائد عن نصيها .

وفى فرض ثان يتقدم فيه الزواج لشراء المال المشتاع بأسره ، أثير خلاف فيا إذا كان هذا المال يعتبر مالا مشتركا أو مالا خالصا . فلو طبقت القواعد العامة لوجب أن يعتبر مثل هذا المال مالا مشتركا إذ أنه اشترى بعوض أثناء قيام الزوجية ، ولو طبقت القواعد المتعلقة بوجوب رعاية الأموال العائلية والاحتفاظ بها للأوجة القدعة لوجب أن يعتبر المال خارجا من نطاق الاشتراك داخلا في ملك الزوجة الحالص . إلا أن القانون أقر للزوجة حقا عند انتهاء الاشتراك في أن تختار بين اثنتن ، فأما أن تتملك المال هي وتؤدى تعويضاً لكتلة الأموال المشتركة وتقتضى منه — أى من هذه الكتلة – تعويضاً عن نصيها في الملك الشائع .

وعلى أساس هذا الحيار قبل أن الراجح هو أن يعتبر مثل هذا المال غير داخل فى الاشراك. وللمسألة أهميها من الناحية العملية فالحل المتبع وإن فتح أمام الروجة هذن الحيارين إلا أنه بجعل مثل هذا المال غير داخل فى الاشتراك فى حقيقة الأمر

ويأتى بعد ذلك من العقارات ما يؤول إلى أحد الزوجين بسبب الميراث أو التبرع أثناء قيام الزوجية ، فالأول لايدخل فى الأموال المشتركة ابقاء على ما يسمى بتراث الأسرة أو التراث العاتلى ، والثانى لايدخل فى الأموال المشتركة تمثيا مع قصد الواهب إذ أن للواهب أن بب فإذا أراد أن بمعل المال مشتركا بين الزوجين لصرف الحبة إليهما معا لا إلى أحدهما ، والواقع أنه لو تمت الحبة لمصلحة الزوجين معا نترتب على ذلك دخول المال الموهوب فى الملك المشترك . أما حيث يفرد الواهب أحد الزوجين بهته فهو بهذا يقصد من هنة المشترك . أما حيث يفرد الواهب أحد الزوجين بهته فهو بهذا يقصد من هنة العقار أن يكون ملكا حالصاً لمن آثره بقدر الهذة . ولهذه العلة عنى القانون

الفرنسى فى نصوصه بالتنويه بأن مايخرج من الأموال المشتركة هو هبة العقار لواحدمن الزوجين وسهذا دل على أن الهبة التى تتم للزوجين معا تدخل فى المال المشترك .

هذا و بحرج الفقهاء من المال المشترك كل عقار يم التنازل عنه من أحد الأصول لفرع إذا كان التنازل قدتم وفاء لدن على المتنازل للمتنازل له أو الفير. ويقصد بذلك اخراج صورة معينة من صور المعاوضات لعلة خاصة تتصل بالإيقاء على الراث العائلي ، ولو أنها تنطوى عن خروج على القواعد العامة ، لأن التنازل عن عقار من العقارات في مقابل دن لا يعدو أن يكون صورة مملك المعاوضات ؛ فكان من الواجب أن يعشى هذا العالم الم دخول منا العلم المنازل المشترك بعوض وكان من الواجب أن يفضى هذا المحلك الم دخول المقار في الملك المشترك . ولكن هذه المسورة بذاتها استثنيت تبريراً للاستثناء أن قواعد المراث كانت تفضى إلى انتقال العقار إلى المتنازل اليه مع الدين ، فكان التنازل في هذه الحالة هو تحقيق معجل لسبب من أسباب الأرث. والظاهر أن هذا الحل يستند إلى التتاليد أكثر من استناده إلى الحجج المنطقية .

وعلى هذا النحو يلاحظ أن فكرة الابقاء على رّاث الأسرة هي الفكرة التي تسيطر على اخراج العقارات المتقدم ذكرها من نطاق الاشتراك .

الا أنه يوجد إلى جانب ذلك فكرتان أخريان تبرران اخراج العقار من نطاق الاشتراك : احداهما فكرة الحلول العيني والثانية فكرة الافتصاق أو إضافة الملحقات إلى الملك .

في الحلول العيني يعتبركل استعال أو استيار لمال خالص مفضيا الى حلول العقار الذي اشترى بالمال الحالص أو استيار المال الحالص على هذا المال . ويقع الاستعال حيث يكون المال الحالص مبلغا من النقود يشترى به العقار فلو اشترت الزوجة من مال خالص من النقود عقاراً، أضحى هذا العقار مالا خالصا ؛ إذ يحل محل النقود الى كانت تعتبر من الأموال الحالصة .

ويتحقق الاستيار فيا لو بيع المال الخالص منقولاكان أو عقاراً وقامت الزوجة بشراء عقار بالنمن الذى حصلت عليه من جراء البيع ، فني هذه الحالة يحل المقار محل المال الحالص المبيع ويصبح العقار بدوره مالا خالصا . فى هاتين الصورتين يتحقق الحلول العينى . وقد أشرنا من قبل إلى الاجراءات الى تتبع فى شأن ضان هذا الحلول عند الكلام عن مال البائنة ، وفمذا يعتبر تنظيم الروابط المالية بين الزوجين أخصب نطاق لتطبيق فكره الحلول العيني .

وأخراً غرج من نطاق الأموال المشتركة كل عقار يثبت لأحد الروجين فيه حق من جراء التصاقه بعقاركان بملكه هذا الزوج ملكا خالصا، كما لوكانت الزوجة عملك أرضا ملكية خالصة فيى فيها شخص آخر بأدوات من عنده ، في هذه الحالة يصبح البناء مملوكا الزوجة ولكن تلزم الزوجة بأن تؤدى لمالك الأدوات تعويضاً يتفاوت قدره بتفاوت حسن النية وسؤها . ومجرد التصاق عقار بعقار الزوجة أومنقول بعقارها مجمل المال الذى التصق مملوكا لها ، ويكون حكم حكم أصله فإن كان الأصل مالا خالصا كان ما التصق بم من الأموال الحالصة كذلك . إلا أن تملك الزوجة للمال الذي يلتصق بملكها الحالص لا منع من الزام الزوجة بأن تؤدى لكتلة الأموال المشتركة تعويضاً معادلا لما حصلت عليه في سيل تملك ما أضيف إلى مالها الحاس .

المنقولات الححاصة

هذه هي العقارات التي لا تدخل في المال المشترك وتعتبر ملكا خالصا لكل من الزوجين ، إلا أن الملك الخالص قد يتناول المنقول ، فن المنقولات ما يعتبر ملكا خالصا بسبب طابعه الشخصي ، مثال ذلك ما يكون محصماً للاستمال الشخصي البحت لكل من الزوجين ، وكذلك ما يكون متصلا بذكريامهما المائلية كالرسائل والتذكارات القديمة وصلات الوالدي أو الأصدقاء أو ذوى القربي بوجه عام .

وبخرج من المال المشترك كذلك كل منقول يوهب أثناء قيام الزوجية ويشترط الواهب فيه أن يبتى ممغزل عن الأموال المشتركة . ونخرج كذلك كل تعويض يحصل عليه أحد الزوجين بسبب حادث وقع له ، يستوى في هذا أن يكون الضرر ماديا أو معنويا . وغرج من نطاق الاشراك أيضا المنقولات التي تتمثل في قيمة تأمين يؤدى لأحد الروجين بعد موت الآخر . وأخيراً غرج من نطاق الاشتراك كل منقول حل حلولا عينياً محل مال من الأموال الحالصة ، وكل منقول لا يلحق به وصف الثمرات كالكنز الذي يوجد في عقار والمعادن التي تستخلص من المناجم والأخشاب التي تجتث من الغابات ، وكذلك الأسهم الاضافية التي تؤول إلى صاحب الأسهم الأصلية من طريق إضافة الاحتياطات إلى رأس المال لشركة من الشركات، وجوائر النصيب التي تؤول إلى السهام والسندات فهذه الأموال حيما تعتبر من المنقولات ولو كانت منز عة من عقار ولا تدخل في نطاق المال المشتركة ، باعتبار أن كتلة هذه الأموال عمل المنقول في الأموال المشتركة ، باعتبار أن كتلة هذه الأموال عمل النسبة إلى كل ما يدخل فيها ، كما تملك حق الرقبة وحق الانتفاع بالنسبة إلى كل ما يدخل فيها ، كما تملك حق الانتفاع بالنسبة إلى كل ما يدخل فيها ، كما تملك حق الانتفاع بالنسبة إلى الأموال الحالصة للزوجة .

(ج) الجانب السلبي فى الأموال المشتركة (الديون)

يوجد نوع من أنواع التقابل بين الجانب الإيجابي والجانب السلبي في الأموال المشتركة، ويتضع هذا التقابل من عرض أنواع الديون المشتركة.

فأول نوع من هذه الأنواع هو ديون المنقولة السابقة على الزواج ؛ هذه الديون تتحمل بها الأموال المشتركة وتدخل في الجانب السلبي لهذه الأموال ، فلك أن المنقولات وهي الجانب الايجاني تعتبر مالا مشتركا ، ويلاحظ في شأن الديون السابقة على الزوجة أن أهميتها العملية لا تعرض إلا بالنسبة إلى ديون الزوجة ، أما ديون الزوج فلا تثير إشكالا ، لأن ديون الزوج سواء أكانت سابقة على الزواج أم لا حقة له تدخل في الجانب السلبي للأموال المشتركة . ولما كان للديون السابقة على الزوجية تلك الأهمية البالفة بالنسبة إلى الزوجة ، فقد اشترط القانون لإدخال هذه الديون في الاشتراك أن يكون تاريخها ثابتا أو تكون محرزة بعقد رسمى قبل الزواج ، ولا يستثنى من ذلك إلا الديون الى بجوز اثباتها بغير كتابة والديون الى يجوز اثباتها في الجانب السلبي للمال المشترك إذا أقام الدائن الدليل على أسبقية الدين في الجانب السلبي للمال المشترك إذا أقام الدائن الدليل على أسبقية الدين

هلى الزواج من طريق تحقيق يثبت فيه صحة الإدعاء بطرق الاثبات المقررة لاقامة الدليل على وجود الدن ، والثانية تدخل فى الجانب السلبى على أساس أن الزوج أقر بواقعة اسبقيها على الزواج .

والطائفة الثانية هي ديون الزوج سواء أكانت متعلقة أم غير متعلقة بالمال المشترك؛ فكل دائن لازوج يعتبر دائنا للمال المشترك ويكون ضمانه شاملا لأموال الزوج الحاصة وأموال الزوجية المشتركة، وكل دائن للمال المشترك يعتبر دائنا للزوج باعتبار أن هناك اتحادا بين ذمة الزوج وبين الأموال المشتركة.

ويلاحظ أن الديون التي تترتب على الزوج بسبب عقوده أو أفعاله الفسارة أو بسبب اثر أثه تدخل حميعا في نطاق الديون المشتركة . ولا يعتبر دينا مرتبا في ذمة الزوج وحده وخارجا بذلك عن نطاق الديون المشتركة إلا الغرامات التي يحكم بها على الزوج والتعهدات التي تصدر منه بتقديم باثنة ، إذا كانت هذه التعهدات قد اشترط تنفيذها من مال الزوج الحاص .

والطائفة الثالثة هي طائفة الديون التي تمقدها الزوجة في حدود خاصة ، وأول هذه الحدود هو النيابة أو الاشتراك مع الزوج أو مصادقة الزوج . فديون الزوجة التي تعقدها بوصفها نائبة عن الزوج تعتبر من قبيل الديون المشتركة ، والنيابة هنا نوعان ، فإما أن تكون النيابة صريحة بمقتضى توكيل خاص ، وهذا النوع لا يشبر إشكالا لأن الدين يعتبر معقوداً باسم الأصيل وهو الزوج ؛ وأما أن تتكون النيابة ضمنية تستخلص على سبيل الاقتضاء، وهذه هي النيابة تعتبر في الأصل نائبة عن زوجها في الشئون المنزلية ، فالزوجة تعتبر في الأصل نائبة عن زوجها في الشئون المنزلية وكل دين تعقده لتدبير وأنبا الفير بذلك، لأن الأصل أن النيابة تكون حجة لمصلحة الفير مالم يثبت علمه بتجريد الزوجة ونهما . ويقصد بالشئون المزلية تدبير الطعام والمسكن والملبس والملاج ونفقات الدراسة وما إلى ذلك . وهذا النوع من الديون سواء على أساس النيابة الصريحة أم النيابة الضمنية يعتبر معقوداً لحساب الزوج مع طريق التطبيق للقواعد العامة .

وقد تعقد الزوجة ديونا بالاشراك مع الزوج ، إما على سبيل التضامن وإما على سبيل التضامن وإما على سبيل التشركا وإما على سبيل الاشراك ، وفي هذه الحالة يفترض أن الدين مشركا إن كان على سبيل التضامن أي داخلا في الأموال المشتركة وإن كانت الزوجة بمكل ما أدته على الزوج، وإن كان الدي مشتركا فيكون كذلك داخلا في الديون المشتركة وإن كانت لا تسأل إلا عن نصيبا فيه .

وقد تعقد الزوجة الدين بموافقة زوجها ، وفى هذه الحالة يدخل الدين فى الأموال المُشرّكة .

ومن هذا يتضح أن هناك حدوداً تستطيع فيها الزوجة أن تلزم المال المشترك بوصفها نائبة عن زوجها أو من طريق اشتراكها معه أو حصولها على موافقته . ولكن هناك صوراً أخرى تستطيع فيها الزوجة أن تلزم المال المشترك وهذه الصور كانت ضئيلة في الماضي ولكنها اتسعت بعد تعديل التشريع الفرنسي في سنة ١٩٤٢ . ومن أهم هذه الصور أن الديون التي تعقدها الزوجة التي تباشر حرفة معينة تعتبر داخلة في الديون المشتركة ، وكذلك الديون التي تؤول اليها من تركات منقولة ، فهي تدخل في الأموال المشتركة تبعا للخول المنقولات التي كانت تجمعها وإياها وحدة التركة .

وقد يبدو غريبا أن تعتبر الديون الناشئة عن مباشرة الزوجة لتجارة أو حرفة ديونا مشتركة ، ولكن هذا الحكم برجع إلى أسباب تاريخية واجماعية في آن واحد ؛ وقد عاكان يشترط لمباشرة الزوجة لحرفة أو تجارة صدور إذن من الزوج ، وقد اعتبر صدور هذا الاذن ممثابة ترخيص لها بالاستدانة على وجه بجمل الدين مشتركا . وعندما قرر التشريع للمرأة أهلية كاملة لم يشترط الاذن لمباشرة الزوجة لتجارة أو حرفة معينة واتما اشترط الا يعارض الزوج في مباشرة زوجته لحرفة أو تجارة معينة ، فان لم يعارض عتبر اذنا

ومن ناحية أخرى يراعى أن أعتبار الديون التي تعقدها الزوجة في هذه الحالة ديونا مشركة يجعل اثبان الزوجة متينا باعتبار أن لدائنها حتى الرجوع على أموالها وعلى الأموال المشتركة وعلى أموال الزوج تبعا لذلك ، وفى هذا كله مايعين الزوجة على التوفيق فى تجارتها أو حرفها . ومن الواضح أن الأسرة تفيد من نشاط الزوجة فى هذا النطاق .

وأخيرا يعتبر من قبيل الديون المشركة كل دين تعقده الزوجة للانفاق على الشئون المنزلية ، وقد تقدم بيان المقصود بالشئون المنزلية .

وكل دين تعقده الزوجة في غير تلك الحالات أو بوجه عام في غير الحالات التي يبيح فيها القانون اعتبار الدين مشتركا يعتبر دينا خاصا بالزوجة ينقذ على حق الرقبة في أموالها الخاصة لأن لكتلة الأموال المشتركة حق انتفاع في هذه الأموال ، ومن قبيل الديون الخاصة مثلا ماتعقده الزوجة من ديون لصيانة أموالها الخاصة أو لاقنناء مال خاص أو مايترتب في ذمة الزوجة من دين بسبب غرامات جنائية غير متصلة باستغلالها أو بانتفاعها بالأموال المشتركة .

على هذا النحو نكون قد انتهينا من عرض فكرة المال الحالص والمال المشترك فى جانبيهما الايجابى والسلبى فى الأسوال،ولايبقى بعد هذا الا أن نتناول تعين مالذوج من سلطات على الأموال فى ظل هذا النظام .

(ثانيا) سلطات الزوج فى ظل نظام الاشتراك :

تتفاوت سلطة الزوج فى ظل نظام الاشتر اك تبعا لما اذاكان المال مشتركا أم محتفظا به للزوجة أم مالا خالصا له :

۱ — الأموال المشتركة : يعتبر الزوج رئيسا لكتلة الأموال المشتركة وهو علك محكم هذه الرياسة سلطة تكاد تكون مطلقة، فهو يقوم أولا بادارة هذا المال بأوسع ماينطوى عليه اصطلاح الادارة من معنى . فيقوم باستثماره وتوظيفه واستغلاله . ويقبض الربع والثمار ، ويعقد حميع عقود الادارة وبرفع حميع الدعاوى المتعلقة بالمال المشترك سواء أكانت من الدعاوى المقارية .

و مملك الزوج إلى جانب سلطة الادارة سلطة التصرف في المال المشرك فيستطيع الزوج أن يبيع هذا المال أو أن برهنه أو أن يتصرف فيه بأى وجه آخر من وجوه التصرفات بين الاحياء ؛ ولابر دعلى سلطان الزوج قيد الإبالنسبة إلى الهبات. بل أن الزوج أن يتصرف في المال المشترك تصرفات مضافة إلى مابعد الموت، فله أن يوصى بنصيبه في المال المشترك بوصفه كتاة مشتركة وله أن يوصى عال خاص من الأموال المشتركة ، فان وقع هذا المال بعد موت الموصى في حصته عند القسمة كانت الوصية نافذة ، وإن وقع على ورثة على العكس من ذلك في نصيب الزوجة كان الموصى له أن برجع على ورثة الموصى بقيمة الوصية .

أما بالنسبة التبرعات فقد كان القانون القديم لا يحيز التبرع بالأموال المشركة كجملة واحدة وانما رأى اجازة التبرع بمتفول معين بذاته على ما نقدم تفصيله من قبل ، ولكن التعديل الأخير في القانون الفرنسي حرم الزوج من التبرع الا بموافقة الزوجة ؛ فاذا صدر التبرع من الزوجين كان سحيحا وان صدر من الزوج وحده كان باطلا بطلانا نسبيا ، معنى أن موافقة الزوجة تصححه . ويفرق عادة في شأن التبرع لتأهيل الأولاد بين مايصلر عن الزوجين معا ، وفي هذه الحالة يفترض اشتراكهما فيه على سبيل التساوى، ومايصدر من الزوج بموافقة الزوجة ، وفي هذه الحالة يفترض أنه مخرج من نصيب الزوج في المال المشترك ، الا إذا اتفق على غير ذلك .

ومن كل ما تقدم يتضح أن الزوج صلطات مطلقة بالنسبة المال المشترك ، ويتضح مدى اطلاق هذه السلطات من موقف الزوج من ادارة هذه الأموال ، فالأموال المشتركة التي يتولى الزوج ادارتها لا يسأل فها عن حساب عن هذه الادارة ، والزوج بوجه عام لا يقدم حسابا عن اعمال ادارته ولا عن اعمال تصرفه ، وكل ما هنالك أن القضاء استقر بطريق الاجتهاد على ابطال تصرفات الزوج التي تصدر عن قصده في ادخال الفش أو التدليس على الزوجة ، اذ يوجد نص يقضى بأن التصرفات الى تصدر عن نية الفش أثناء قيام دعوى الطلاق لا تسرى في حق الزوجة .

وقد وسع القضاء نطاق هذا النص فجعله شاملا للحالات الاخرى. ويقصد بنية الغش فى هذه الحالة نية الاضرار بالزوجة ؛ فان لم يثبت قصد الاضرار كان التصرف صميحا ، ولو وضح أنه قد انصرف الى انفاق المال بدءا.

وفيا عدا هذا الاستثناء واستثناء آخر يتعلق بأموال معينة يسأل الزوج عن وجودها في كتلة الاموال المشركة ، تظل سلطات الزوج على اطلاقها غير مقيدة بقيد .

٧ — الأموال المحتفظ بها: اعتبر القانون الفرنسي دخل الزوجة من عملها مالا محتفظ لما به، يمعي أن الزوجة تملك هذا المال من حيث حق الادارة وتملك التصرف فيه في حدود خاصة. ويعتبر مالا محتفظا به دخل الزوجة من عملها وما تقتصده من هذا الدخل وما تشريه الزوجة سندا الدخل. والمال المحتفظ به تستقل الزوجة بادارته ولكنه يكون داخلا في المال المختفظ به فا حق المال المحتفظ به مركز المال المحتفظ به يعتبر وسطا بين مركز المال المشترك ومركز المال الحاص. فالمال الحاص. فالمال المحتفظ به يدخل في الاموال المشتركة من حيث انفراد الزوجة بادارته وهو بهذا مختلف عن المال الحاص، كان هذا الأعتبر يقوم الزوج بادارته وهو بهذا مختلف عن المال الحاص، لان هذا الأعتبر يقوم الزوج بادارته

٣ — الحال الحالص: أما فيا يتعلق بأموال الزوجة الخالصة، فالزوجة هي التي تملك هذه الاموال ولكن لكتلة الاموال المشتركة حق الانتفاع هذه الاموال ويتفرع على ذلك أن يكون للزوج حق ادارة الاموال الخالصة للزوجة بيد أن الزوج يلزم بتقديم حساب عن هذه الادارة يعكس الحال بالنسبة الى ادارة الاموال المشتركة.

عل أن للزوج أن ينيب زوجته عنه فى ادارة المال الخالص ، ولا سيا أنها هى الى تستقل بملكيته . وقد يقع أن مجاوز الزوج حدود سلطاته بالنسبة الى المال الخالص ، فهو لا يملك مثلاً حق التصرف فى هذا المال ، فان تصرف فيه وجب أن تفرق بين صورتين : فهو إما أن يتصرف فيه مع انباء المشترى أن المال مملوك الزوجة ملكية خالصة ، وفي هذه الحالة لا يكون الزوج ضامنا في مواجهة المشترى ، اذ يكون قد تصرف بوصفه وكيلا ، ولا يكون على الزوجة ضان ، اذ ان الزوجة تنكر هذه الوكالة وتدعى أنه كان من واجب المشترى أن يتثبت من قيامها ، وكل ما يكون للمشترى هو أن برجع بدعوى الثمن أو بدعوى التعويض على الزوج ويعتبر الدن في هذه الحالة مشتركا .

وأما أن يبيع الزوج المال مدعيا أنه مالا له أو أنه من حملة الاموال المشتركة ، وفي هذه الحالة يكون الزوج ضامنا لاستحقاق المال ، واذا استمر الاشتراك بن الزوج والزوجة كانت الزوجة أيضا ضامنة للاستحقاق كم نصيبا في المال المشرك ، الا أن ينحل الاشتراك أو ترفض الزوجة أبوله عند انهاء الزوجية ، وفي هذه الحالة مختلف الحكم . بيد أن الاصل هو أن الزوج لا مملك النصرف في مال الزوجة ألحالص .

ما يحد من سلطات الزوج

هذه هي سلطات الزوج في ظل نظام الاشتراك في الأموال وهي كما بيدو سلطات واسعة ، إلا أن هذه السعة تعترسعة نظرية ، أما في العمل فيخفف أو محد من اتساع سلطات الزوج أولاحق الزوجة في الرهن العام على الأموال . فهذا الحق بحمل الزوج حداثما محتاجا إلى الحصول على رضاء الزوجة قبل التصرف في الأموال المشتركة لكى تمتازل الزوجة عن حقها في الرهن العام أو لكى تمل محلها في هذا الحق من يشترى المال المشترك ، ومحد كذلك من اتساع سلطات الزوج على الأموال المشتركة النيابة الاتفاقية أو الضمنية التي توجد بين الزوج من الزوج صراحة في إدارة المال المشترك وفي التصرف فيه كما أن لها أن ما أن تنوب عنه بمقتضى النيابة الضمنية فيا يتعلق بالشتون المنزلية ، كما أن للقضاء أن ينيب الزوجة عن الزوج كلما كان الزوج في حالة لا يستطيع معها التعبر عن إرادة كما لوكان مقصوداً أو بحوراً أو مسجونا أو أسرآ أو لمفرذ ذلك من الأسباب المفصلة في القانون .

وأخبراً تستطيع الزوجة أن تطلب فصل الأموال بمقتضى حكم قضائى ، وهذه ضيانة من الضيانات التى تحمى الزوجة من اتساع سلطات الزوج فى ظل نظام الاشتراك فى الأموال .

الباب الثاتي

فى التشريع السويسرى

وضع القانون الملنى السويسرى فى سنة ١٩٩١ ، فهو من هذه الناحية أحدث من القانون الملنى الفرنسى، ولهذا اتسع المجال أمام واضع القانون السويسرى للافادة من تجربة القانون المقارن فى هذا الشأن . فقد كان أمام واضع التشريع السويسرى النظام المتبع فى فرنسا وكان امامه النظام الذى تقرر فى القانون الألمانى ، وعلى هذا النحو أتبحت الفرص لواضعى القانون السويسرى فى المفاضلة بن النظم المختلفة كما اتبحت فرصة مقارنة هذه النظم المتبعة فى مقاطعات سويسرا المختلفة . ولهذا تناولت المناقشات الخاصة بوضع التشريع السويسرى المفاضلة بن المبادىء العامة فى نظم الزواج وحظت هذه المناقشات بعرض شامل للمبادىء المختلفة وأوجه الأفضلية وأوجه المختلفة وأوجه الأفضلية وأوجه النقس فيها .

ولهذا اقيم التشريع السويسرى على مبادىء واضحة كان من السهل على الفقه أن يستخلصها ، وبعد أن ثبت أن واضع التشريع نفسه قد اشر شد بها وجعلها أساسا لتشريعه .

وأول مبدأ من هذه المبادىء هو مبدأ حرية الاتفاقات الخاصة بنظم أموال الزوجية ، والمبدأ الثانى هو جواز تغير نظام أموال الزوجية أثناء قيام الزوجية ، والمبدأ الثالث هو مبدأ الاحتكام أو الخضوع لنظام قانونى عند عدم الاتفاق على الاخذ بنظام معين، والمبدأ الرابع هو التوسع فى فكرة الاموال المحتفظ مها .

(أولا) حرية الاتفاق فى نطاق نظم أموال الزوجية :

كان واضع التشريع السويسرى بين اطلاق هذه الحرية وبين تقييدها تقييدا ينفيها نفيا باتا ، ولو أنه سلك السبيل الاول لكان فى وسعه أن يكتنى بوضع قاعدة مقتضبة تجعل للزوجين حرية مطلقة فى تكييف علاقتهما المالية وفقا لما يتم بينهما التراضي عليه ، ولو أنه سلك السبيل الثانى لقنع بوضع نظام قانونى لأموال الزوجية وقرض النظام قرضا باتا على الزواج ولا سيا أن مثل هذا المسلك كان مقررا فى بعض الولايات السويسرية ، ولكن واضع التشريع السويسرى سلك بين الاطلاق والتقييد مسلكا وسطا ، فلم يتطرف فيطلق الحرية دون أى تقييد ولم يسرف فيلزم الزوجين بنظام واحد لا قبل لهما بالتحول عنه ، ولهذا اختار أن يقرر حرية الاتفاقات الحاصة بنظام أموال الزوجية ، ولكن مع وضع قيود تكفل حسن استمال الخرية وصيانة المصالح التي قد تتأثر بها ، فن المعلوم أن نظام أموال الزوجية يؤثر تأثيرا بليغا في مصالح الزوجين ويؤثر كذلك في حقوق الدائين ، ولهذا قرر واضع التشريع كقاعدة عامة حرية الزوجين في الاتفاق ولكن في حلود القيود الآتية :

۱ — أن الزوجين قد يغفلان تنظيم علاقتهما المالية اما لعدم وجود مال لديما وقت الزواج ، واما لتفاهة قيمة هذا المال ، واما لاعراضهما لديما وقت الزوجي عن التحدث فى العلاقات المالية عند انصرافهما الى انشاء الاتحاد الزوجين فى كنف الزوجية ، وقد رأى القانون أن يضع نظاما يطبق على الزوجين كلما سكتًا عن اختيار نظام معين ، وهذا هو الذى يسمى بالنظام القانونى ، وهذا القيد يعرف باسم نظام الأموال أو اجتماع الأموال . وفى حدود هذا القيد يلترم الزوجان باتباع النظام القانونى كلما احجما عن اختيار نظام آخر . وبراعى ان هذا القيد ينظوى على قسط من التيسير ، نظام آخر ، وبراعى ان هذا القيد ينظوى على قسط من التيسير ، ذلك أن المشرع لم يتطلب لسريان النظام القانونى اتخاذ أى اجراء معين ، وفى هذه الناحية يتضح مبلغ نزوع القانون السويسرى الى الحرية .

٢ — اذا اختار الروجان نظاما اتفاقيا وجب لصحة مشارطة انشاء هذا النظام أن تفرغ هذه المشارطة في الشكل الرسمي، وأن يوقعها كل من الزوجين، واشتراط الرسمية يعتبر ضهانا من ضهانات حماية المتماقدين من طريق تنبيهما الى خطورة الاتفاق، فضلا عن أن اشتراط التوقيع على المحرر الرسمي يعتبر ضهانة اضافية. في حدود هذا القيد يتجلى حرص المشرع على حماية كل من الزوجين.

٣ - ٧ كرتب مشارطة أموال الزوجية أثراً بالنسبة إلى الغير شأتها في ذلك شأن كل تعديل أو تغيير في نظام أموال الزوجية - إلا إذا تم قيد المشارطة في سمل خاص وتم الإعلان عها بعد ذلك - فإن تم القيدأولم يتم الإعلان لم يكن للمشارطة أثر بالنسبة إلى الغير وفي طليمتهم الدائنون ، ذلك أن القانون السويسرى حرص كل الحرص على اعتبار القيد في سجل مشارطات أموال الزوجية والاعلان اجراءين جوهرين للاحتجاج بمشارطة أموال الزوجية على الدائنين أن ينكروا حجية المشارطة بالنسبة الهم . وبديهي أن المشارطة التي لم يتم قيدها أو شهرها تكون نافذة سارية في علاقة العاقدين ومن مخلفهما خلافة عامة من الورثة .

\$ — وضع القانون السويسرى أنظمة ثلاثة رئيسية للعلاقات المالية
ين الزوجين هي ، نظام انحاد الأموال ، Union des Biens ونظام الاشر الك
Séparation الأموال Communauté des Biens و فظام انفصال الأموال الأموال
Germunauté des Biens ، وجعل للزوجين حرية الاتفاق على اختيار نظام من هذه الانظمة
مع إدخال التعديلات التفصيلية التي يقررها القانون. وحرم الزوجين فيا وراء
ذلك من إنشاء أي نظام آخر لأموال الزوجية . والحكمة في ذلك أن نظام أموال
الزوجية لا يقتصر أثره على الزوجين فحسب ، وانما هو يؤثر أو لا وقبل كل شيء
في حقوق الغير وليس من المعقول أن يترك للزوجين أمر تنظيم الروابط المالية
وما يتصل ما من لوازم أخرى تستنبط من طريق التفسير أو التأويل ،
بل الأقرب إلى المعقول أن تباح حرية الاتفاق على نظام أموال الزوجية
بل الأقرب إلى المعقول أن تباح حرية الاتفاق على نظام أموال الزوجية
عليها .

هذا هو المذهب الذي اعتنقه القانون السويسرى في يتعلق بالمفاضلة بين الاتجاه إلى الحرية المطلقة والاتجاه إلى التقييد الكامل . وقد تأثر القانون السويسرى فى ذلك بالبيئة التجارية التي يعيش فيها أكثر سكان سويسرا كما تأثر يميل هذه البيئة إلى البساطة والتيسير .

(ثانيا) مبدأ جواز ثغيير نظام أموال الزوجية باتفاق الزوجين في أي وقت شاء الزوجان :

هذا المبدأ يتعارض تعارضا واضحامع المبدأ المقرر في القانون الفرنسي ، في فرنسا لا بجوز تغير نظام أموال الزوجية كقاعدة عامة عقتضى اتفاق يعقد بين الزوجين ، أما في ألمانيا فالقاعدة جواز التغيير ، وقد كان أما ما المبدأ المقرر في فرنسا أو المبدأ المقرر في المانيا. المبدأ المقرر في المانيا. التغيير عند الفرنسين على أساس حماية الزوجين وحماية مصالح الدائين، فلو أبيح على نفسه من التأثير على نفسه من التأثير في المستطاع الزوج أن يأمن على نفسه من التأثير أحد الزوجة مسيطرة عليه، فقوام المنع في فرنسا هو غلبة مطنة استغلال أحد الزوجين للآخر لحمله على التغيير أثناه قيام الحياة الزوجين، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تقررت القاعدة الفرنسية على أساس أن العدول عبا لا يكفل ومن ناحية أخرى تقررت القاعدة الفرنسية على أساس أن العدول عبا لا يكفل وقد تقدم من قبل أن فقهاء فرنسا في تفصيلهم لفكرة حماية الزوجين من طريق معهما من تغيير نظام الزوجية يذهبون إلى أن المشارطة المنشئة للنظام لا تعتبر نفعها من تغيير نظام الزوجية يذهبون إلى أن المشارطة المنشئة للنظام لا تعتبر عمداً من نا بن أسرتين .

هذه هي الحجج التي تساند مبدأ امتناع نظام أموال الزوجية على التغيير ، ولكن للمبدأ الآخر وجهه وحججه ، فانصار قابلية النظام المالى التغيير يذهبون إلى أن عقد الزواج عقد ممتد وقد يطرأ أثناء الحياة الزوجية من الظروف ما يقتضي إعادة النظر في نظام أموال الزوجين ، وقد تكون هذه الظروف متعلقة بالحياة الزوجية نفسها وقد تكون متصلة بوقائع أجنية عها كما لو رزق الزوجان بأولاد وكما لو عدل الزوج عن الاشتغال بالتجارة إلى الاشتغال بعمل ثابت أو في منصب حكومي ، وكما لو آلت إلى أحد الزوجين بركة لم تكين متوقعة ، في كل تلك الحالات وما مماثلها قد بحس الزوجان مجاجة إلى تعديل نظام أموالهما.

وما من شك فى أن المقارنة بين حجج كل من المبدأين لا تؤدى الى وجوب رفض المبدأ الثانى فى ذاته ، وانما هى تؤدى الى البحث فيها اذا كان من الميسور اتقاء ما يتعرض له احد الزوجين من استغلال وأمكان توفير ضهانات كاملة للدائشن .

وقد انتهى الرأى فى سويسرا الى الأخذ بالمبدأ الثانى مع تهذيبه تهذيبا يدرأ عيويه عن ذوى الشأن فى حدود الامكان ، ولهذا قرر القانون السويسرى جواز تغيير نظام أموال الزوجية سواء من طريق العدول عن النظام اللهانونى الى نظام اتفاقى ، أم عن طريق العدول عن نظام اتفاقى الى النظام الى نظام اتفاقى آخر ، أم من طريق العدول عن نظام اتفاقى الى النظام القانونى . وأباح ذلك قبل انعقاد الزواج وبعد انعقاد الزواج ، ولكنه قرئ هذه الاباحة بالقيود الآتية :

١ – اذا تم تغير نظام أموال الزوجية بعد انعقاد الزواج أو تعديله وجب عرض الاتفاق الجديد على هيئة الوصاية لتصدق عليه والاكان عزير نافذ حتى بين الزوجين ، وهذه الحيثة لا تقرم بمجرد مصادقة شكلية واغما تبحث في الاتفاق وتمتنع عن المصادقة كلما وجدت في الاتفاق شفوذا الوساية على الاتفاق دون أن يكون عنها قد تناول عناصر الواقع ودون أن يكون عنها قد تناول عناصر الواقع ودون أن تسنير في ذلك برأى ذوى الشأن حيما ، ولكن هذا لا يمنع من الطعن في الاتفاق الجديد فيا لو كان قد خالطه عبب من عيوب الرضاء ولو أن الطعن في هذه الحالة لا يكون كبير الجلوى بسبب قصر مد السقوط المقررة في القانون السويسرى بالنسبة الى التمسك بعيوب الرضاء ولمذا يميل بعض الفقهاء في سويسرا الى القول بأن تصديق هيئة الوصاية لا يحقق ضهانة كاملة ، ولكن الامر المتيقن في تصديق هذه الهيئة هو أنه يفتح الخال لفرصة من فرص الحماية قد يكون فيها كل الفائدة في أحسن الانتفاع منها .

وقد رؤى أن تصديق هيئة الوصاية يعد قدرا معقولا من الحماية ويبرر من هذا الوجه امكان الاعباد على حسن استعال حتى الزوجين فى تغيير النظام. ٧ – ومن ناحية أخرى كفل القانون السويسرى حماية كاملة للدائنن اذ قضى أولا بأن تغير النظام لا يؤثر في حقوق الدائنن التي كانت مرتبة قبل التغير فهذه الحقوق تظل باقية بضماناتها الأولى ، ثم ان التغير لا ينفذ في حقهم بالنسبة الى المستقبل أى في حق الدائنين الجلد الا أذا تم قيد التغير وتم شهره على الوجه الذى تقدم بيانه .

وعلى هذا النحو وفق التشريع السويسرى بين حاجة الزوجين الى تغيير النظام كلما جد ما يتطلب ذلك وبين ما ينبغى أن يتوافر لهما وللدائتين من أسباب الحماية .

هذا ومى ثم التغير تمت فى الوقت نفسه تصفية النظام السابق وفقا للقواعد الحاصة به ، ولكن للزوجين أوسع قسط من الحرية فى اجراء هذه التصفية، فلا يشرط فها شكل خاص ولا يشرط فها اتباع اجراءات خاصة ، بل هى تترك الزوجين يتوليان تنظيمها وفقا لتقدرهما ، ولهما أن يتخالصا فى شأنها دون قيد من أحكام القانون ، لأن لكل من الزوجين أن يه الآخر فى ظل القانون السويسرى دون قيد أو نص مانع فى القانون .

(ثالثا) اعتبار نظام اتحاد الأموال نظاما قانونيا يطبق عند عدم الاتفاق على اختيار نظام اتفاق :

وقد عرض واضع القانون السويسرى لمسأله النظام الذى يسرى في شأن أموال الزوجين ان لم يختارا نظاما آخر ، وكان الرأى يتردد بين فكرتين ، الأولى فكرة آلاشتراك ، والثانية فكرة فصل الأموال .

فأصحاب مذهب الاشتراك يذهبون إلى أن اجباع الزوجين فى حياة زوجية مشتركة لابد أن يستتبع بداهة وضرورة اشتراكهما فى الأموال ؛ فالزوجان يكونان وحدة عائلية لاينبغى أن يدعى احدهما فى ظلها أن هذا المال له وأن ذاك المال للآخر . ولهذا وجد رأى كان يتجه اتجاها قويا إلى تحبيذ الاتحد بفكرة الاشتراك فى الأموال كنظام قانونى كما هو الشأن فى فرنسا .

ولكن اعترض كثيرون على تلك الفكرة واستندوا فى ذلك إلى أن الزوج هو الذى يستقل بالادارة والتوجيه فى ظل نظام الاشتراك وأن بديون الزوج تقتضى من أمواله ومن الأموال المشتركة ، وهذه الأموال تشمل أموال الزوجة ، ومن غير السائغ أن تحمل الزوجة مسئولية الديون التي يعقدها الزوجة على هذا الوجه . ثم أنه روعي من ناحية أخرى أن الأموال التي تؤول بطريق الارث تدخل في الأموال المشتركة وقد محصل أحد الزوجين على ميراثه ويدخل هذا الميراث في الأموال المشتركة ثم يطلب الآخر تصفية نظام الاشتراك أو تم هذه التصفية قبل أن يكون الآخر قدا لله ميراث مرتقب، وفي هذه الحالة تكون التصفية جائرة ، ولهذا لم ير واضع القانون السويسرى اعتبار نظام الاشتراك نظاما قانونيا .

أما نظام فصل الأموال فقد وجد مناصرة كبيرة من طائفتين ، طائفة من ينتصرون لتحرير المرأة ومساواتها بالرجال وطائفة التجارورجال الأعمال. من ينتصرون لتحرير المرأة ومساواتها بالرجال وطائفة التجارورجال الأعمال. من الاستقلال ويضعها على قدم المساواة مع الرجال وهو بعد نظام يعلم من الاستقلال ويضعها على قدم المساواة مع الرجال وهو بعد نظام يعلم في كثير من البلاد دون عناء كما هو الشأن في ايطاليا وفي انجلترا . والطائفة الثانية تذهب إلى أن نظام فصل الأموال ييسر المعاملات إذ يجعل ضهان الدائنين واضحا بالنسبة إلى أموال كل من الزوجين . ولكن رأى الاستاذ "هو الذي تعلب في النهاية إذ قال في تقرير مجلس الدولة عن القانون المدنى السويسرى أننا نصور الزواج بوصفه اتحادا يجمع بين حياتين في أدق نواحيهما ، وفكرة وجود مديرين لذمتين يتفاهما كلما صارت الحياة رخاء نواحيهما ، وفكرة وجود مديرين لذمتين يتفاهما كلما صارت الحياة رخاء ولكن مختلفان عند الاقتضاء كلما تعارضت مصالحهما ويبلغان حد العنف في هذا الحلاف ، هذه الفكرة لاتتفق مع مثلنا ولاتظفر بعطفنا واتما هي فكرة نغير منها كل النفور ، ولهذا يحسن أن نختط طريقا وسطا فننفئ بين الزوجين ضورة من صور الاتحاد في الادارة دون مساس علكية المال .

ويلاحظ أن نظام اتحاد الأموال الذي جعل نظاما ذا ولاية عامة قد يكون أكفل بتحقيق مصالح المرأة وهو في الوقت نفسه يكفل الوثام في علاقات الزوجين المالية، إذ هو يحقق انفصالا في ملكية الأموال بقدر مايحقق اتحادا يتمثل في تركيز ادارة المال والانتفاع به في يد الزوج ؛ ولهذا قبل ان اتحاد الأموال هو نظام وسط بن الانفصال الكامل والاشتراك الكامل . على ان احتيار واضع القانون السويسرى لنظام اتحاد الأموال لم عمل من احتياط يتعلق مصالح الزوجين ، ولهذا انشأ القانون السويسرى مايسمى بالنظام القانونى غير الاعتيادى أو الاستثنائى ، وهذا النظام هو فى الحقيقة نظام فصل الأموال عندما يفرض اما محكم القانون واما بقرار من القاضى . فالأصل أن محضع الزوجان لنظام اتحاد الأموال ان سكتا عن الاختيار أو للنظام الذى يتفقان عليه ، ولكن القانون يقرر على سبيل الاستثناء انفصال الأموال . ين الزوجين أيا كان النظام الملل بيهما فى حالتن :

. فني الحالة الأولى بحقق فصل الأموال بقوة القانون ويقع ذلك عندما يفلس أحد الزوجين وتسفر التفليسة عن عدم وجود ما يكبي للوفاء محقوق الدائنين ، فإن حرر محضر بذلك استثبع تحرير هذا المحضر انفصال الأموال بن الزوجن ، والحكمة في ذلك أن ابقاء أي نظام آخر من نظم أموال الزوجية يترتب عليه ضرر محقق بمصالح الطرف الموسر إذيكون للدائنين إما أن برجعوا على الأموال المشتركة في حالة الاشتراك ، وللزوجة على وجه التحقيق نصيبها في هذه الأموال ، وإما أن ترجعوا على مال الزوج في حالة أتحاد الأموال ويدخل في هذا المال في ظل الآنحاد ربع أموال الزوجية كلها ، ويسمى انفصال الأموال الذي يقع على هذا الوجه بالنظام القانوني الاستثنائي أو غير الاعتيادي . وقديقع أن يكون أحد الزوجين مفلسا قبل الزواج وان يكون محضر إثبات قصور أمواله عن الوفاء بديونه قد تم تحريره ، وفي هذه الحالة يكون فصل الأموال هو النظام المعقول بالنسبة إلى الزوجين ؛ ولكن الانفصال في هذه الحالة لايتم عكم القانون بل ينبغي لتحقيقه أن يعرب الزوج صاحب المصلحة فيه عن رغبته في فصل الأموال قبل انعقاد الزواج ، وَبِجِب أَنْ يَقْيَدُ إعلان الرغبة هذا فى سجل مشارطات أموال الزوجية إذا أريد أن يكون نظام الفصل حجة على الغير لأن فصل الأموال محكم القانون في حالة الافلاس شرع لحماية الطرف الموسر من الزوجين، وهذه الحماية واجبة عندما يطرأ الإفلاس بعد انعقاد الزواج ، أما حيث يكون الإفلاس سابقا على الزواج فني يد كل من الزُّوجين أن يعصم نفسه من الخطر الذي يتهدده ، فإن لم يفعل أو إن اختار رغم علمه بالخطر نظاما اتفاقيا ، فهو وشأنه ، ولامعقب لما قر عليه رأيه

فى أحكام القانون . ولهذا لا يعتبر انفصال الأموال الذى يقع بناء على رغبة أحد الحطيين بسيب إفلاس الحطيب الآخر قبل الزواج نظاما قانونيا استثنائيا، بل يعتبر من قبيل النظم الاتفاقية ،

وفي حالة ثانية يتم فصل الأموال بعد قيام الزوجية محكم من القضاء ، ولا محكم القاضى بالفصل إلا بناء على طلب يقدم من أحد الزوجين أو من الدائين ، ولكل ذى شأن من هؤلاء أن يتقدم بالطلب كلما كانت مصالحه مهددة بالحطر ، فلو أعسر الزوج مثلا أو حجزت أمواله فلازوجة أن تتقدم بعللب الفصل ، ويكون لها ذلك إذا امتع الزوج عن الإنفاق عليها أو عن الإنفاق في شئون الزوجية . ولازوج أن يتقدم بالطلب إذا اسرفت الزوجة في الإنفاق حتى نضبت مواردها ، أو إذا طلبت إليه أن يقدم لضمان الوفاء محقوقها تأمينات يعجز عن تقديمها . وللدائنين أن يتقدموا بالطلب إذا آنسوا في بقاء نظام أتحاد الأموال أو نظام الاشراك ما سهد مصالحها بسبب ارتباك مركز أحد الزوجين ماليا ، أو بسبب توقع أبيار مركزه المالى . والقاضى هو الذي ينظر في الطلب ويقرر قبوله أو رفضه على حسب الأحوال ، فإن قرر قبوله ثم فصل الأموال بين الزوجين وفي هذه الحالة يسمى نظام الفصل القانوني .

ومن كل ماتقدم بين أن النظام القانونى الاعتيادى الذى يسرى على الزوجين عند سكوتهما عن اختيار نظام اتفاق هو نظام اتحاد الأموال . ولكن يوجد إلى جانب هذا النظام العادى نظام قانونى استثنائى هو نظام انفصال الأموال بقوة القانون أو بقرار من القضاء عندما تتوافر المبررات التى تبيح ذلك .

و أياكان النظام السابق على فصل الأموال الذي يقع بقوة القانون أو بقر ار من القاضى فمثل هذا الفصل لا يؤثر في حقوق الدائنين السابقة عليه بل تظل هذه الحقوق قائمة بضهاناتها القديمة ، ويتعن عند وقوع الفصل تنظيم الملاضى وفقا للنظام القديم ، ويقوم الزوجان عادة بتصفية علاقاتهما القديمة طبقا للنظام السابق ، ولهما في هذا السبيل حرية واسعة سواء من حيث الشكل أم من حيث الموضوع ؛ أما بالنسبة للمستقبل قتسرى عليهما قواعد النظام الجديد .

(رابما) المبدأ المتعلق بتعبين ما يدخل وما لا يدخل فى نطاق نظام أموال الزوجية :

اتجه القانون السويسرى اتجاها متحررا فى هذا الشأن ووضع قاعدة عامة مؤداها تقسيم أموال الروجين الى طاقفتين : أموال الروجيه والاموال المحتفظ بها لكل من الروجين ويقصد باصطلاح الاموال الروجية تلك الاموال التي تخصص للقيام على شئون الروجية ، والاصل فى الاموال المملوكة للزوجين أن تعتبر من أموال الروجية ، وهذه قرينة مقررة فى أحكام القانون من مقتضاها أن عبء الاثبات يقع على من يدعى المكس.

الا أنه يوجد الى جانب أموال الزوجية ما يسمى بالاموال المحتفظ بها لكل من الزوجين ، ولهذا الاصطلاح معى خاص فى القانون السويسرى ، فالأموال المحتفظ بها له فيكون له أن يتصرف فنها دون موافقة الزوج الآخر ويكون له أن يستقل بادارتها والانتفاع بها والأفادة من ربعها . فإن كان المال المحتفظ به حقا للزوج كان له أن يتصرف فيه مستقلا فى ظل نظام الاشتراك ، وكان له أن يستقل بريعه دون أن يدخل هذا الربع فى غلة أموال الزوجية فى ظل نظام الاتحاد في ظل نظام الاتحاد في ظل نظام الاتحاد في المناسلة فى ظل نظام الاتحاد في بداهة فى ظل نظام الاتحاد فيه بداهة فى ظل نظام الاتحاد .

والأموال المحتفظ مها تكتسب هذا الوصف إما باتفاق خاص بين الزوجين، واما بناء على هبة من الغير واما بناء على حكم القانون :

١ — الاتفاق الخاص: لم محجر القانون السويسرى على الزوجن فيا يتعلق عربة تعين الاموال المحتفظ بها ، فللزوجين أوسع قسط من الحربة في تعين ما يعتمر مالا محتفظا به لكل مهما ، وكل ما هنالك أن مثل هذا الاتفاق بجب أن يتم عشارطة أموال زوجية تستوفى حميع الأوضاع الحاصة بمشارطات أموال الزوجية ، ويترتب على هذه الحربة أن الزوجين مقتضى اتفاقهما حتى الاحتفاظ بالمقارات مثلا لاحدها أو بالمنقولات

أو بعقار معين أو بمنقول معين دون قيد أو شرط ، وتؤدى هذه الحقيقة الى نتيجة عملية هامة مؤداها أن اتفاق الزوجين على تخصيص مال محتفظ به لكل مهما يعتبر اتجاها ظاهرا الى فصل الاموال ، فان انسع نطاق الاموال المحتفظ بها أدى ذلك الى تعديل عملى جوهرى فى قواعد النظام المالى.

وقد قبل تبريرا للتوسيع على الزوجين في الاتفاق على تعيين الاموال المحفظ بها ان هذا التوسيع يتمشى مع الاحترام المعقول لاستقلال كل من الزوجين بامواله فيا لو اتفق على ذلك فضلا عن أن المبدأ نفسه يتمشى مع الاتجاهات الحاصة بتحرير المرأة.

٧ - الهبة أو الوصية : ويعتبر من ناحية اخرى من الاموال المحتفظ بها ما يوهب لاحد الزوجين أو يتلقاه بطريق الوصية اذا اشتملت الهبة أو الوصية على نص حاص باحتفاظ الموهوب له أو الموصى له بالمال الموهوب أو الموصى به . على أن هذه القاعدة لا تؤخذ على اطلاقها اذ يستشى مها في حالة الوصية ما اذا كان الموصى به هو نصيب الموصى له الشرعى في المبراث ، فلا يتبغى أن تكون الوصية اداة لا خراج المال من نطاق أموال الزوجية ولا سيا أن الزوج ربما يعتمد على هذا المال في نظام الاشتراك وربما كان يؤمل أن محصل على ريعه في نظام اتحاد الاموال .

٣ - فس القانون: يدخل في نطاق الاموال المحتفظ بها ما نصت عليه المادة ١٩٩٩ اذ قضت عا يأتى " يعتبر مالا محتفظا به محكم القانون أولا: الأشياء المخصصة للاستمال الشخصي لأحد الزوجين. ثانيا: أموال الزوجة التي تتعلق عباشرتها حرفة معينة أو صناعة معينة. ثالثا: دخل الزوجة من عملها في كل ما مجاوز نشاطها المنزلي".

وهذه هي الطائفة الثالثة من الأموال المحتفظ مها . وقد تقررت صفها بنص خاص في القانون. ويدخل في هذه الطائفة الثالثة أولا : ماخصص للاستمال الشخصي لأحد الزوجين كملابس السيدات والمصوغات وأدوات الزينة بالنسبة إلى السيدات، ويسرى الحكم نفسه فيا يتعلق عا يعتبر من الأشياء خصصا للاستمال الشخصي للزوج. ويدخل كذلك أموال الزوجة الى تحصص لحرفتها أو صناعها ، فهذه الأموال تعتبر خالصة لها بمعى أنها تحرج من نطاق أموال الزوجية رقبة ومنفعة . ويقابل ذلك أن هذه الأموال تتحمل كل ما يتعلق سامن ديون دون أن يسأل الزوج عن ذلك . ويدخل فها أخير ادخل الزوجة من عملها ، ولكن براعى فها يتعلق سهذا الدخل أن مايعتبر منه مالا محتفظا به هو مايتم قبضه بعد الزواج ، أما مايكون مقتصدا من هذا الدخل من قبل فيعتبر حصة للزوجة ويدخل سنده المثابة في أموال الزوجية .

ثم إن دخل الزوجة من عملها لايعتبر مالا محتفظا به الا فى حدود مابجاوز النشاط المنزلى ، عميى أن تكون الزوجة قائمة بعمل مستقل عن هذا النشاط كما لو اشتغلت بالكتابة على الآلة الكاتبة أو بالقبل أو بأى عمل مستقل آخر ، أما حيث يؤول الها دخل من وضاطها المنزلى كما لو كانت زوجة لمزاوع واشتركت معه فى الحياة الريفية وحصلت فى مقابل ذلك على جعل أو مكافأة مادية دورية ، فمثل هذا الجعل أو تلك المكافأة لايعتبر من قبيل المال المحتفظ به . وكما لو خصص الزوجان فى منزلها غرفة المسكى وحصلت الزوجة فى مقابل ذلك على دخل ، فالمدخل فى الحالتين المتقدمتين يعتبر متعلقا بالنشاط المنزلى للزوجة ولهذا لا محتفظ لها به . والتفريق بين مايعتبر منزليا أو غير مزلى من نشاط الزوجة مسألة واقع رجع فيها إلى كل حالة بخصوصها .

وأخيرا يلاحظ أنه ليس للزوجة أن تدخل دخلها من عملها في نطاق الأمو ال التي تعتفظ مها اذا أدت الظروف بالزوج الى المساس مرأض ماله وألحت عليه الحاجة فقصر عن الانفاق على الشئون المنزلية .

والاحتفاظ بالمال يطبق بالنسبة الى الزوجة وبالنسبة الى الزوج على حد سواء . ولكن الأهمية العملية لفكرة المال الهتفظ به تظهر بالنسبة الى الزوجة أكثر من ظهورها بالنسبه الى الزوج ، ذلك أن الزوج فى ظل نظام الاشتراك وهو مستول فى الأموال المشتركة وفى ذمته الشخصية عن ديون الزوجية وعن ديونه الخاصة . كذلك الشأن فيا يتعلق بنظام الاتحاد فالزوج فى هذا النظام يسأل عن ديون الزوجية كما يسأل عن ديونه الخاصة فى أمواله الخاصة .

أما بالنسبة للزوجة فاحتفاظها بمال من الأموال بجعل هذا المال خالصا لها رقبة ومنفعة كما بجعله بمناى من المسئولية عن الديون التي يعقدها الزوج أو التى تعقد لشئون الزوجية . ولهذا نصت المادة ١٩٣ من القانون المدنى السويسرى على أن الأموال الهمنظ بها تخضع للقواعد المتعلقة بفصل الأموال ولاسها فها يتعلق بالانفاق على شئون الزوجية .

هذه هى المبادىء العامة التى اتبعها واضع القانون السويسرى فى شأن النظام المالى بن الزوجن . وتوجد على هذا الأساس نظم ثلاثة رئيسية :

أولها نظام اتحاد الأموال ، وثانيها نظام الاشتراك ، وثالثها نظام فصل الأموال .

المجث الأول

فى نظام أتحاد الاموال

أفرد القانون السويسرى المواد من ١٩٤ الى ٢١٤ لنظام اتحاد الاموال، وهذا النظام هو الشائع الغالب فى سويسرا ، ويتبع ـ كما قدمنا ــكلما سكت الزوجان عن الاتفاق على نظام آخر .

ويقوم هذا النظام على فكرة أساسية هي ادماج أموال الزوجين في وحدة اقتصادية يتولى الزوج اداريها والانتفاع بها ، ولكن دون مساس لملكية عناصر هذه الوحدة ؛ فكل من الزوجين يظل مالكا لأمواله ، ولذلك لا توجد وحدة قانونية تجمع الأموال الداخلة في الاتحاد وتسند ملكيتها الى أحد الزوجين أو الى الزوجين معا ، فهذه الفكرة لا وجود لها على الاطلاق في ظل نظام اتحاد الأموال . ويتضح مما تقدم أن نظام اتحاد الأموال يتركز في مبدأن رئيسين :

الأول : هو استقلال كل من الزوجين بملكية ما له .

والثانى : هو حمع ادارة مال الزوجين فى يد الزوج وتحويل الزوج حق الانتفاع بهذا المال .

(أولا) استقلال كل من الزوجين بملكية ماله :

استعمل القانون المدنى السويسرى اصطلاح اتحاد الأموال ، وقد يكون فى هذا الاصطلاح ما يوحى نخلاف الواقع لان المقصود فى ظل نظام الاتحاد هو اجماع الأموال ماديا في وحدة للادارة ، أما من حيث الملكية فلا يوجد اتحاد أو اجماع على وجه الاطلاق ، فهناك أموال الزوج وأموال للزوجة ، وهاتان الطائفتان من الأموال أو هاتان اللممتان تحفظان بكيائهما دون تداخل أو اندماج ، وكل ما هنالك أن الأموال المملوكة للزوجة وللزوج تحضع من حيث الادارة لنظام واحد، ولكن لا تتناول هذه الادارة الاما يعتبر من أموال كل من الزوجين داخلا في نطاق ما يسمى بأموال الزوجية . وأموال الزوجية في ظل نظام الاتحاد تتناول ما يسمى بالحصص وما يسمى بالاموال الطارئة :

الحصص: فالحصص هي كل مال يكون مملوكا لأحد الزوجين وقت الزواج فيا عدا الأموال المحتفظ بها أو يؤول اليه أثناء الزوجية بطريق الهية أو المبرات، يستوى في ذلك أن يكون هذا المال حقا شحصيا أو عينيا أو حقا من ألحقوق المعنوية . فيدخل في الحصة العقار والمنقول والدن وحق التأليف ، كما تدخل فها حقوق الارتفاق والسهام والسندات وكل ما يصدق عليه وصف المال .

ولم يرد فى القانون السويسرى تعريف للحصة الا بالنسبة الى الزوجة ولكن هذا التعريف يطبق ايضا بالنسبة الى الزوج ، وعلى هذا النحو تتخذ الحصة واحدة من صورتن .

فهى اما تكون مالا مملوكا لاحد الزوجين وقت الزواج ، واما أن تكون مالا آل اليه بعد الزواج بسبب من غير أسبّاب المعاوضات .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٩٥ اذ قضت بأن أموال الزوجية التي كانت مملوكة للزوجة عند انعقاد الزواج أو التي آلت اليها أثناء الزواج بالميراث أو بأى سبب من أسباب التعرع نعتبر حصصا لها وتظل في ملكها .

وكل مال يكون حصة ويستبدل به مال آخر يؤدى استبداله الى اعتبار هذا المال الاخير حصة بدوره وكذلك الحكم فيا يتعلق بكل مال يشرى بنقود تعتبر حصة أو بنائج ثمن حصة من الحصيص. فنظرية الحلول العبيى تطبق فى هذا الصدد تطبيقاً كاملا. وتسرى القواعد المتقدم ذكرها بالنسبة الى حصص الزوجة وحصص الزوج على حد سواء. فأول عنصر من عناصر أموال الزوجية فى ظل نظام الاتحاد هو الحصص، والحصص تتميز عن غير ها بأنها إما أن تكون مملوكة ملكية خالصة للزوج وإما أن تكون مملوكة ملكية خالصة للزوجة .

الاموال الطارئة

أما العنصر الثانى الذى تتكون منه أموال الزوجية فهو ما يسمى بالمال الطارئ أو ما يسمى و اصطلاح البعض بالمتنات أو المغام . ويقصد بالمال الطارئ كل مال يكتسب أثناء قيام الزوجية وكذلك كل مال يكون مصدره عقداً من عقود المعاوضات كما لو اشترى الزوجان عقاراً أثناء قيام الزوجية . على أنه يلاحظ أنه لايعتبر من قبيل المال الطارئ أولا : ما يكون مجرد زيادة في حصة من الحصص لترجع الى نشاط إبجابي من الزوجين كما لو ارتفعت قيمة أسهم كانت تعتبر حصة الزوجين ، فالارتفاع في القيمة لايعتبر مالا فو فرض أن الزوجين تعاونا في ادخال تحسينات على عقاركان علكه أحداما، فو فرض أن الزوجين تعاونا في ادخال تحسينات على عقاركان علكه أحداما، كو فرض أن الزوجين تعاونا في ادخال تحسينات على عقاركان علكه أحداما، كإقامة دور ملحقه بدار أصلية ،أو إقامة شقة جديدة في المقار من قبيل الأموال من زيادة على هذا المال فالأموال المعتفظ با حيم إذا اقتنيت بعوض أثناء قيام الزوجية لاتعتبر من الأموال الطارثة ، وكذلك الشأن في كل مال يشترى بالأموال المختفظ با أو بشمها .

وأخيرا يلاحظ أن ما يكتسب من الأموال على أساس الاثراء دينا تعويضيا على الزوج الآخر الذى استقر الاثراء في ذمته .

هذه هى فكرة الأموال الطارئة . وهذه الأموال تتمنز عن الحصص وعن الأرباح : فهى تتميز عن الحصص على أساس أن الحصة قد تكون مملوكة للزوجة وقد تكون مملوكة للزوج وفقا لمصدرها، أما المال الطارىء فيكون دائما مملوكا للزوج بوصفه رئيسا للاتحاد . والواقع أن المفروض فى المال الطارىء أنه يقتى مما يقصده الزوح من ربع أموال الزوجية أو من ربع أمواله المحتفظ به. وإذا كان من الواضح أن الزوج قد يستعمل في إقتناء المال الطارى، ربع أموال الزوجة فن الواضح أيضا أن فكرة الربح تعوض الزوجة تعويضا كبيرا، ولكن المهم في كل ما تقدم هو أن المال الطارى، يعتبر مملوكا للزوج ويظل مملوكا له حتى بعد التصفية. والملكية هنا مفرزة لا شركة فها للزوجة على وجه الاطلاق.

فنظام اتحاد الأموال لاينشىء بصورة من الصور ولايحالة من الأحوال أى اشتراك لا فى ملكية الحصص ولا فى ملكية الأموال الطارثة ، إذ الحصص تكون مملوكة لأحد الزوجين أو للآخر والأموال الطارثة تكون مملوكة للزوج وحده.

ثم أن المال الطارى مختلف عن الربح اختلافا جوهرياً . فالمال الطارى * يكون مالا معينا برد عليه حق ملكية الزوج أما الرمج فهو نتيجة حسابية لا تكون محلا لحق عيني وانما تكون محلا لحق شخصي ، فعند تصفية الأنحاد تقارن قيمة الحصص التي يملكها الزوجان وقت دخولها في الاتحاد بقيمة أموال الاتحاد حميعا من حصص وأموال طارئة ، فإذا كانت القيمة الأخبرة أقل من الأولى قيل أن الإتحاد خاسر ، وإن كانت القيمة الأولى أقل من ٱلأخرة وضع الرقم أى الناتج الحسانى كنتيجة حسابية وكان للزوجة حق فى ثلث هذا النائج الحساني ويظل الثلثان حقا للزوج ، ومعنى تملك الزوجة للثلث في الربح هو حصولها على دين يعادل ثلث الناتج الحسابى فإذا فرض مثلا أن التصفية أسفرت عن ربح مُقداره ٩٠٠ جنيه فني هذه الحال يكون للزوجة الحق في مطالبة زوجها بدن شخصي قدره ٣٠٠ جنيه ، فالربح لا يتمثل في مال معين على وجه الاطلاق وإنما هو نتيجة منزانية حسابية ، ويظل كذلك ولو ثبت أن الزوجين لم مملكا من قبل حصصا على وجه الاطلاق. وإنما ملك الزوج بعد الزوجية مالا طارئاً بمثله عقار معين ، فني هذه الحالة يتم حساب التصفية على أساس أن قيمة أموال الزوجية من حصصصفر وقيمة أموال الزوجية عند إنحلال الاتحاد ٩٠٠٠ جنيه هي قيمة العقار والفرق بن الرقمن هو الذي يعتبر ربحاً ، أما العقار نفسه فيعتبر مالا طارئا ويظل مماوكا للزوج وحده وكل ما هنالك أن للزوحة أن تطالب بنصيها فى الربح أى أن تطالب الزوح بدن شخصي قدره ٣٠٠٠٠ جنيه وهو نصيبها محق الثلث في الأرباح.

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بذلك في حكمها الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٥٥ إذ قررت أن الزوجة السويسرية لاتملك حقا عينيا في الأموال الطارئة وانما تكون هذه الأموال مملوكة للزوج وينحصر حتى الزوجة في مجرد مطالبة الزوج بنصيها في الأرباح على أساس حتى شخصي يتقرر لها من واقع النتيجة الحسابية التي تستخلص من مقارنة القيمتين المتقدم ذكرهما.

ويين مما تقدم أن الحصص تكون مملوكة ملكية مفرزة إما النروجة وإما للزوج على حسب الاحوال ، أما المال الطارىء فيكون دائما ملكا للزوج.

على أن ما يتعلق بالحسة أو المال الطارىء هو تعين من مملك حق ملكية على المال. فالأمر متعلق اذن بالحقوق العينية التي تكون قائمة في ظل نظام اتحاد الأموال ، بيد أن هذا النظام يستنبع وجود علاقات الترام أوحقوق فخصية بن الزوجين، فللزوجة ديون تعويضية في ذمة الزوج أو تعويضها عن نقص قيمة حصصها فيا لوطرأ النقص بسبب تقصير الزوج ، وقد يكون للزوج ديون تعويضية في ذمة زوجته تعوضه عن كل ما يتناول أمواله من نقص فيا اذا طرأ النقص بفعل الزوجة وتعوضه كذلك عما يكون قد أنفقه على الزوجة انفاقا محاوزا للحد.

اثبات ملكية الحصص

وعلى هذا النحو ينكشف نظام اتحاد الأموال عن استقلال كامل في الملكية ، فهو نظام لا يوجد فيه أثر لشيوع الملكية أو لاشراك الزوجين فيها ، وكل ما هنالك أن حصص الزوجة تسلم للزوج لادارتها ، ولهذا تتخذ مسألة الاثبات بالنسبة الى ملكية الحصص وضعا خاصا . فالاصل أن الزوج يعتبر مالكا لاموال الزوجية كلها ، وعلى من يدعى العكس أن يقيم الدليل على ذلك . ولهذا عناط الزوجان بالنسبة الى هذه القرينة ويتحصر احتياطهما في المنقولات لان السجل المقارى يكون سنداكافيا في اثبات الملكبة بالنسبة الى المقارات ، أما فيا يتعلق بالمنقولات ، فالأمر يختلف عن ذلك ولا سها أن قاعدة الحيازة في المنقول تؤدى الى سهولة تصرف الزوج فيا يكون في يده من منقولات الزوجة .

ولهذا وضع الفانون السويسرى نصا خاصا بكيفية إثبات ملكية الحصص ولهذا النص يقفيى بأن للزوج والزوجة أن يطلبا اعداد قائمة بجرد الحصص وتعتبر قائمة الجرد مده سندا قاطعا فى اثبات الملكية منى اعدت خلال الأشهر السنة التالية لتقدم الحصص ، فاذا تم الجرد يعد هذا الميعاد كان الأمر متروكا لتقدر القضاء . ويتضمن الجرد عادة الى جانب تفصيل مفردات الحصص تقدر قيمة كل حصة ، ويعتبر هذا التقدر مازما عند التصفية .

استثناءات على مبدأ استقلال كل من الزوجين بملكية أمواله

على أنه يلاحظ أن نظام اتحاد الأموال وانكان نظاما يقوم على احتفاظ كل من الزوجين بملكية ماله الا أن هناك استثناءات ترد على هذا الأصل :

أولها اتفاقية ، فقد يتفق الزوجان على أن ينشئا بعقد خاص ملكية مشركة بينهما في حدود مال معن ، وفي هذه الحالة يكون الاشتراك قاصرا على ما تناوله الاتفاق بالذات . والواقع أن هذه الصورة لا تعتبر من الاستثناء في شيء وإن أدت إلى خضوع الزوجين لنظام محتلط مخضع لقواعد اتحاد الأموال كقاعدة عامة ولقواعد الاشتراك بالنسبة الى المال المشترك .

والثانى قانونى ، قرره القانون المدنى فى المادة 19.۹ . فجميع حصص الروجة التى تكون من قبيل النقود أو المثليات التى لا تتعنن بدأبها تنتقل ملكية الروج ويصبح الروج مدينا بقيمتها ، وفى هذا الممتى تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٠١ من القانون المدنى السويسرى على أن نقود الروجة وسام أموالها المثلية وما يكون مملوكا لها من سندات لحاملها ينتقل ملكه الى الروج ويكون الروج مدينا بقيمة ما انتقل ملكه اليه ، كل هذا بشرط الا تكون الأموال المتقدم ذكرها مفرزة أو مجنبة تجنيبا يعن ذاتها .

ويلاحظ أن هذا الاستثناء الثانى يعتبر استثناء حقيقيا ويترتب عليه أن مملك الزوج كل حصة للزوجة تكون من قبيل النقود أو المثليات أو ما في حكمها كالسندات لحاملها .

ويلاحظ أنه يترتب على تملك الزوج لتلك الأموال أن يصبح مدينا بقيمها للزوجة ويعتبر هذا الدين من قبيل الديون التعويضية . والثالث هو الاستثناء الذي يترتب باتفاق المتعاقدين، فقد نصت المادة ١٩٩٩ على أنه بجوز للزوجين خلال الاشهر الستة التألية لتقديم حصة الزوجة أن يتفقا ، مع مراعاة الاوضاع الحاصة عشارط أموال الزوجية ، على أن تؤول ملكية حصص الزوجة الى الزوج وفقا لقيمتها المقدرة في الجرد وعلى أن يكون الزوج مدينا جده القيمة دون زيادة أو نقص . ومثل هذا الاتفاق لا يترتب عليه انتقال ملكية بل يترتب عليه انتقال ملكية حصص الزوجة الى الزوج ، ومنى تم هذا الانتقال لم يعد للزوجة حتى في ملكية حصصها وانحصر حقها في دن يترتب في ذمة الزوج . فلو فرض أن رباط الزوجية انحل فلا بجوز للزوجة أن تطالب باسترداد حصصها عين نقل ملكية المنابق المنابق المنابق المنابق المنابق من جراء الاتفاق على نقل ملكية الحصص الى الزوج .

والحقيقة أن الاتفاق فى حالة الاستثناء الثالث يكون عثابة بيع يقرن بتجديد لدين التمن مممى أن يصبح هذا الدين مؤجلا وأن يفصل هذا الدين عن سببه.

ما يترتب على استقلال كل منهما بملكية المال

وفيا عدا هذه الاستثناءات يظل كل من الزوجين محتفظا بحقه في ملكية ماله . ويترتب على استقلال كل مهما عملكية ماله نتائج مها أن الزوجة تستطيع أن تسرد أموالها من يد الزوج كلما أفلس الزوج ، ولها أن تدخل في التفليسة للمطالبة بديونها التعويضية الناشئة عن فقدان حصصها ، بل ويكون للزوجة حتى امتياز على أموال الزوج في حدود نصف حصصها .

ويترتب كذلك على مبدأ استقلال الملكية استقلال مقابل في المسئولية عن الديون؛ فأموال كل من الزوجين تسأل عن الديون السابقة على الزواج، أما الديون اللاحقة للزواج فيشأل عها الزوج متى كان هو الذي عقدها، ويسأل كذلك عن الديون التى تمقدها الزوجة إذا كانت قد عقدتها يوصفها ممثلة أو نائبة عن الاتحاد . هذا وتسأل الزوجة في أموالها عن الديون التي تعقدها بموافقة زوجها أو التي تعقدها لمصلحة الزوج بموافقة هيئة الوصاية ، أوالديون التى تعقدها بسبب مباشرتها لحرفة أو صناعة ، أو النى تكون متعلقة بمبراث آل اليها ، أو الديون التى تنشأ عن أفعالها الضارة . بل وتسأل كذلك عن الديون التى يعقدها الزوج في سبيل الشئون المنزلية إذا كان الزوج معسراً.

ومن هذا يبن أن فكرة استقلال كل من الزوجين بملكية ماله تؤدى عملا الى استقلال كل من الذمتين بتحمل نصيب واضع من الديون :

(ثانيا) مبدأ انفراد الزوج بالادارة والانتفاع :

تنص المادة ٢٠٠ على أن الزوج يتولى إدارة أموال الزوجية وتكون مصاريف الإدارة على عاتقه ولا مجوز للزوجة أن تتولى الإدارة إلا بوصفها نائبة عن الاتحاد . وتنص المادة ٢٠١ على أن للزوج حتى الانتفاع بحصص الزوجة ويسأل عن هذه الحصص مسئولية صاحب حتى الانتفاع ولا يترتب على اعداد قائمة للجرد تشديد أحكام هذه المسؤلية .

ويبن من هذين النصين أن اتحاد الأموال بجعل من أموال الزوجية التي علكها الزوجان كل منها على استقلال وحدة اقتصادية من حيث الإدارة والانتفاع .. فالإدارة والانتفاع يستقران فى يد الزوج وحده ، ويترتب على ذلك أن يقوم الزوج أولا بإدارة جميع أموال الاتحاد ، وهذا حق وواجب على الزوج فى آن واحد، ويكون للزوج أن ينيب عنه زوجته فى هذه الإدارة ، وفى هذه الحالة تملك الزوجة الإدارة ، وصفها نائبة لا مقتضى حتى يقره لها القانون . وقد تستفاد النيابة مما جرى به العرف بالنسبة إلى طر از معيشة الزوجين كما كانا يعيشان فى بيئة ريفية ، فنى مثل هذه البيئة قد تتولى الزوجة إدارة بعض الأموال بوصفها نائبة نيابة ضمنية عن الاتحاد .

ويقصد بأعمال الإدارة حميم الأعمال التي يقصد مها إلى المحافظة والصيانة والاستيار، وبوجه عام القيام على شئون المال. وقد تتخذ الإدارة صورة التصرف استثناء بالنسبة الى المال الذي يستلزم القيام على شئونه امكان التصرف فيه ان اقتضى الأمر ذلك كما هو الشأن بالنسبة الى الأوراق المالية ، فهذه الأوراق قد ترتفع قيمها وقد تتخفض ولذلك يكون من حسن الإدارة المبادرة بيمع الأوراق المالية كلما جد ما رجع الإعتقاد بإنخفاض قيمها انخفاضاً كبراً.

على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن الزوجة لاتملك فيا عدا الاستثناء المشار إليه من قبل أن تتولى إدارة أموال الزوجية ، فهذه الادارة يستقل سا الزوج وحده .

ويكون للزوج ثانيًا حق الانتفاع بأموال الزوجية ومعنى ذلك أن الزوج علك تمار هذه الأموال وما تغل من دخل أو إيراد ، وهو فى هذه الحدود صاحب حق انتفاع أصيل . ومؤدى هذا أن الزوج لا يلزم بتقديم حساب عن إدارته عند انحلال رباط الزوجية أو إنهاء الاتحاد .

ويقابل حق الانتفاع هذا مسئولية الزوج عن أموال الزوجية ، أو بعبارة أخرى مسئولية الزوج عن حصص الزوجة ؛ فهو مكلف بأن يرعى في انتفاعه بهذه الحصص ما بجب على صاحب حق الانتفاع من محافظة وصيانة ، فإذا وقع من الزوجة ، كان مسئولا عن ذلك ، ووجب عليه أن يعوض الزوجة عن الضرر الذي يلحق بمالها . وبديهي أن الزوج لا يسأل عن كل نقص في القيمة يرجع مصدره الى مجرد الانتفاع المألوف ، وكذلك لا يسأل عن أى نقص في القيمة ينشأ عن أسباب لا يدله فها ، كا لو انخفضت قيمة الأوراق المالية في السوق .

فى حدود الأدارة والانتفاع اذن يكون الزوج المدير أو الرئيس الفعلى للاتحاد . وأيا كان مدى حق الزوج فى الادارة أو مدى حقه فى الانتفاع فهو لا بملك حق التصرف . وهذه القاعدة مقررة فى المادة ٢٠٢ الى نصت على أنه ولا بجوز للزوج أن يتصرف فى حصص الزوجة التى لم تدخل فى ملكه دون رضاء الزوجة ، ومع ذلك فيستخلص هذا الرضاء بالنسبة الى الغير من مجرد تصرف الزوج الا أن يكون هذا الغير عالما أو من واجبه أن يعلم أن رضاء الزوجة لم يصدر ، والا أن يكون المال المبيع مما ممتنع أن يكون مملوكا لغير الزوجة ع . وهذا النص يعتر محرد تطبيق لفكرة انقصال الملكية واستقلال كل من الزوجين لملكيته . ذلك أن الزوج لا بملك التصرف فى أموال الزوجة دون أن ترتضى هى ذلك لائها لا تتجرد من ملكية حصصها . ولهذا يعتبر عمرف الزوج باطلا فى حصص الزوجة مى صدر دون رضاء منها . ويفرق فى هذا الشار والمنقول . فى المقار قد يكون من العسر أن يتصرف

الزوج دون رضاء الزوجة ، أما في المنقول فالأمر يختلف عن ذلك. ولهذا أراد المشرع كفالة لاستقرار المعاملات أن مجمل مجرد تصرف الزوج في المنقول قرينة على رضاء الزوجة بالتصرف ولا تزول هذه القرينة الابائبات واحد من أمرين : أولهما أن تثبت الزوجة أن المشرى كان يعلم أن المال مملوكا لها ، وثانهما أن تثبت الزوجة أن المال المبيع يمتنع أن يكون مملوكا الا لها هي .

أما الزوجة فلا يجوز لها أن تتصرف في أموال الزوجية الا بصفها نائية عن الاتحاد ، ولا يجوز لها أن تتصرف في أموالها الا بموافقة الزوج ، ومع هذا فقد تعرض صور من التصرف تنطوى على شي من الدقة ولا سيما بمناسبة الرّكات ؛ فقد يؤول الى الزوجة مراث والزوجة بالحيار إما أن تقبل المراث واما أن رفضه ، ورفضها الممراث يعتبر ضربا من ضروب التصرف . وقد واجهت المادة ٢٠٣ هذه الحالة فنصت على أنه لا يجوز الزوجة أن رفض مرا الله عوافقة الزوج فاذا رفض الزوج أن يوافق على رفض الزوجة للمعراث كان لما أن تلجأ الى هيئة الوصاية .

والواقع أن الزوجة قد ترفض المراث اذا كانت الثركة مدينة وكانت ديوبها أكثر من حقوقها، ولكن قد يكون للزوجين مصلحة في حصول الزوجة على هذا المبراث، ولذلك أبيح للزوج أن براقب استمال الزوجة لحقها في رفض التركة التي تؤول الها؛ فهي لا تملك الرفض الا بموافقته، فان أبي علمها هذه الموافقة تعسفا منه كان للزوجة أن تحتكم الى هيئة الوصاية.

هذه هي الاحكام العامة المتعلقة بحق الزوج في الادارة والانتفاع ، وقدكان طبيعياً أن برتب القانون ضهانات معينة للزوجة تكفل صيانة حقوقها في ملكية المال الذي يدخل في الاتحاد .

وأول هذه الضانات هو حق الزوجة فى اعداد قائمة الجرد، وهذه ضهانة الفاقية ، إلا أن القانون نظم ضمانات أخرى ، فنص أولا على أن للزوجة أن تطالب الزوج بتقديم تأمينات تضمن وفاء الزوج بما قد يترتب فى ذمته من حقوق ، ونص أخيرا على حق امتياز للزوجة فى حدود نصف قيمة حصصها عندما يفلس الزوج .

أنتهاء نظام أتخاد الاموال

بقى أن نتين القواعد المتعلقة بانتهاء نظام اتحاد الأموال وتصفية العلاقات المالية بين الزوجين عندثذ. ونظام الاتحاد يقهي اما باختيار الزوجين لنظام آخر ممقتضى مشارطة أموال زوجية ، واما بانتهاء رابطة الزوجية بالطلاق أوبالموت ، والقاعدة أنه أيا كان سبب انتهاء نظام الاتجاد فثمة أحكام تتبع في تصفية علاقات الزوجين ، وهذه الأحكام تتناول مسألتين :

المسألة الأولى : فرز ملكية كل من الزوجين أو مايسمى أحيانا بتصفية .

والمسألة الثانية : هي حساب نتيجة الاتحاد أي حساب الحسارة أو الربح.

إ - تصفية الملكية : ففيا يتعلق بالسألة الأولى عندما ينتهى الاتحاد ألو حدة الاقتصادية التي جمعت حصص الزوجة وحصص الزوج و الأموال الطارثة ، وعلى هذا الأساس تسترد الزوجة عينا مايكون قائما من حصصها ويسترد الزوج فضلا عن ذلك جميع الأموال الطارثة بوصفها مملوكة له . وعلى هذا الوجه تصفى مسألة الملكية . وهي تنهي في الحقيقة الى استثنار كل من الزوجين بأموال الزوجية الى كانت مملوكة له .

٧ -- حساب نتيجة الاتحاد: أما المسألة الثانية وهي مسألة حساب نتيجة الاتحاد فهي مسألة حسابية ينتهي أمرها إلى عمل تقديرين تقدير لأموال الزوجية وقت انتهاء الاتحاد، ثم تقدير لأموال الزوجية وقت انتهاء الاتحاد، غان اسفرت المقارنة بين النتيجتين عن فائض في القيمة قيل ان الاتحاد انهي المي خسارة. والرمج يقسم بين الزوجين بنسبة الثلثين للزوج والثلث للزوجة الا اذا اتفقا على نسبة أخرى في التهزيع. أما الحسارة فيتحملها الزوج وحده.

ويلاحظ أن اتمام الحساب بين الزوجين والانتهاء فى التصفية الى نتيجة معينة لايترتب عليهما ترتيب عينى للزوجة فى الأرباح ان وجدت لأن الرمج ليس بمال مادى ولأن الأموال الطارقة تعتبر ملكا للزوج ، ولهذا لا يكون للزوجة الا أن تطالب زوجها بدين تعادل قيمته نصيبها فى الربح هو مجرد حتى شخصى أو حتى دائنين نحول الزوجة أن تطالب الزوج بميلغ من المال فحسب، وتقدر قيمة الربح أو الخسارة وفقا لأحكام القانون أو وفقا لاتفاق الزوجين اذا تضمنت مشارطة الأموال اتفاقا خاصا فى هذا الشأن.

وقد أثيرت مسألة جواز اتفاق الزوجين على تعديل نصيب الزوجة أو الزوج في الرج ، فالقانون يقرر عند عدم وجود الاتفاق أن الزوجة تنال الثلث في الرج أما الزوح فيكون نصيبه الثلثين ، فهل يجوز الاتفاق على تعديل هذه النسبة أو على أن يكون لأحد الزوجين الرج كله أو أن يتحمل أحد الزوجين الرج كله أو أن يتحمل أحد الزوجين الحسارة كلها دون رج ؟

الجواب أن هذه المسألة مرت بمرحلتين: مرحلة أولى تر دد فيها الفقه فذهب فريق منه الى أن التعديل جائز و لكن في الحد الذي لايستنبع اعطاء الربح كله لزوج وتحميل الخسارة كلها لزوج آخر، اذ في هذه الحالة يكون الاتفاق قد انطوى على شرط جائز، و مثل هذا الشرط باطل بالنسبة الى الشركة العادية اذ هي تبطل مي وجد فها مايسمي بشرط الأسد، فكذلك ينبغي أن يكون الحكم في المشاركة في الأرباح . الاأن هذا الرأى هجر بعد ذلك في الفقه بعد أن استقر القضاء عليه ، وللذك بجمع الفقهاء في الوقت الحاضر على أساس الجماع القضاء على أن لزوجين أن يعقدا في شأن توزيع الربح أي اتفاق شاءا ولوكان من شأن هذا الاتفاق أن تؤول الارباح كلها الى أحد الزوجين وأن يتحمل الزوجين ما يحمل ما يلغت .

ويستند هذا الرأى الى أن المشاركة فى الأرباح فى ظل نظام الاتحاد ليست من قبيل الشركات المالية ، فقد يقع مملا أن يطبق نظام اتحاد الأموال على زوجين لم يأت أحدهما بحصة ولم يدخل فى أموال الزوجية مالا من الأموال ، وفى هذه الحالة تكون أموال الاتحاد هيماً مملوكة لصاحب الحق فها ، تخالف الفاعدة الى يكون لهذين الزوجين أن يتراضيا على اتباع قاعدة فى التقسيم تخالف الفاعدة الى يقررها الفانون. فلو فرض مثلا أن الزوج كان ماليا وأن الزوجة كانت معدمة فحثل هذا الاتفاق سائر بينهما . على أن الامريقف عند هذه الحدود بل أن علاقات الزوجية تتناول مسائل بالغة الدقة ،

ولهذا ينبغى أن يكون لهما الحق فى التراضى على القواعد المتعلقة بتمين نصيب كل مهما فى الرمج سواء بالزيادة أم بالانقاص ، فلا يوجد ما يمنع مثلا من أن يتفق الزوجان على أن تستقل الزوجة المعدمة بالرمج كله حتى يكفل لها عند انحلال رباط الزوجية أو انقضائه نصيب من المال يتكافأ مع المركز المالى للزوج.

وبديهي أن القاعدة المتعلقة بتقسم الرجح ليست من النظام العام على هذا الوجه، ولهذا لا يجوز الزوجن ولو لم يتفقا من قبل على نظام معين لتوزيع الأرباح فيا بيتهما أن يتراضيا عند التصفية على أية تسوية في شأن توزيع الرجح ، اذ أن الاعتراف الزوجين عتى التنازل مقدما عن كل نصيب في الرجح يثبت لهما من باب أولى حتى التنازل عن هذا الرجح بعد أن يتولد على أساس التصفية . ويلاحظ أخيرا أن الحتى في الرجح يتحدد من الناحية الزمنية في وقت معين هو وقت انحلال الزواج أو انقضاء رابطة الزوجية ، فالحتى في الرجح لا يولد الاهذا الوقت ، أما قبل ذلك فلا يوجد الحتى اذ قيام الزوجية بحمل الزوج مستقلا بملكية حصصه وملكية لا يكون الزوجة ، وعلى ذلك لا يكون الزوجة ، وعلى ذلك لا يكون الزوجة ، وعلى ذلك لا يكون الزوجة حتى في ربح أو أن تطالب بشي من ذلك ما بقيت الزوجية قائمة .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يقدر دين الربح بالقيمة التي يسفر عنها حساب التصفية عند انتهاء نظام اتحاد الأموال . فاو فرض أن التصفية استغرقت وقتا طويلا فلا ينبغى أن تقدر عناصر الحساب الا بقيمتها في وقت انتهاء النظام لا عند الحصول على نقيجة التصفية .

وأهم ما يلاحظ فى نظام اتحاد الأموال أنه لا يتضمن اطلاقا فكرة مشاركة فى مال من أموال الزوجية فمن ناحية الحقوق العينية لا توجد فى هذا النظام الا أموال مملوكة للزوجة وأموال مملوكة للزوج وحتى انتفاع يتمتع به الزوج وحده . وفيا يتعلق بالحقوق الشخصية أو الديون لا يكون للزوجة الا يحرد دين بنصيبها فى الربح عند تصفية النظام وكذلك ديون تعويضية تثقل ذمة الزوج .

وقد يكون غربيا أن يتولد حق الروجة في الربح عند انتهاء النظام ولكن يحب أن يلاحظ أن مصدر هذا الحق هو نص القانون وان الاتفاق قد يمدل في مداه وقد يودى الى انعدامه ولكنه مي وجد سواء محكم اعراض الزوجين عن اختيار نظام الاموال الزوجية ، او محكم تعديلهما لنظام الأرباح ، فهو يستند دائما الى نص القانون والا يولد الافى الوقت الذي يعينه القانون وهو الوقت الذي يعينه القانون فهو الوقت الذي يعينه القانون فهذا الله من هذا الوجه شأن دن الضريبة ، فهذا الدين لا يولد ابتداء من السنة المالية التي تستحق عباً الضريبة ، ولكنه يولد بانقضاء هذه السنة والا يكون مستحق الاداء الا بصدور الورد الهائي .

المبحث الثاني

فى نظام الاشتراك فى الأموال

يعتمر نظام الاشتراك في الأموال نظاما قليل التطبيق في سويسرا ، والاشتراك لا يتقرر إلا بمقتضى مشارطة تتبع فها الاجراءات المتعلقة بمشارطات أموال الزوجية . وتحدد المشارطة الأموال التي تدخل في نطاق الاشتراك ، فإن سكتت كانت الأموال المشتركة تتناول حميم حصص الزوجية ولا تخرج من هذه الأموال الا ما يعتبر مالا محتفظا به للزوج أو للزوجة .

وستتناول فيا بلي طبيعة الحق فى الأموال المشتركة ، وكيفية التصرف فيها ، وادارتها ، ومدى مسئوليتها عن الديون .

(١) طبيعة الحق في الأموال المشتركة :

يعتبر المال المشترك مملوكا ملكية بدمشركة على النحو المقرر فى القانون السويسرى ، وهذه الملكية تختلف عن الملكية على الشيوع ، إذ أن المالك على الشيوع بملك ملكية مفرزة النصيب الشائع أوحصته المعنوية ، أما في ملكية اليد المشتركة فحق الملك يستقر في يد الشريكين معاً . وقد أشرنا من قبل الى ما بين الملكية المشتركة ومايين الشيوع من فوارق .

(ب) الادارة والتصرف:

يعتبر الزوج أو الزوجة بمثلا للاشتراك في الحدود التي يقررها القانون أو الاتفاق ، ويكون كل مهما في حدود تمثيله للاشتراك أن يتولى أعمال الادارة . والأصل كما قدمنا أن الزوج هو الذي عمل الأموال المشتركة ، أما نيابة الزوجة فتنحصر في حدود ضيقة سبقت الاشارة إليها من قبل ، ولهذا تكون القاعدة أن الزوج هو الذي يتولى الادارة في الأصل ولا يكون للزوجة حن الادارة في حدود تمثيلها للاشتراك أي في الحدود التي تقدم ذكرها في صدد اتحاد الأموال ، أما فيا يتعلق عنى التصرف فقد تمثيل القانون السويسري مع فكرته في تكييف الحق في المال المشترك واعتباره ملكية يد مشتركة ، ولهذا أجاز للزوجة أن يتصرف في المال المشترك واعتباره ملكية يد مشتركة ، ولهذا أبجاز للزوجة التصرف في المال المشترك ولكن بموافقة الزوجة . كما أنه أجاز للزوجة .

وحاصل هذا البيان أن لكل من الزوجين أن يتصرف في المال المشترك، لكن بموافقة الزوج الآخر .

(ج) المسؤلية عن الديون :

يسأل المال المشترك عن ديون الزوج كما يسأل عن ديون الزوجة ،و يسأل الزوج في أمواله الخاصة عن ديون المال المشترك .

يين مما تقدم أن نظام الاشتراك في القانون السويسرى يكاد عائل نظيره في القانون الفرنسي، ولكن توجد بين النظامين فوارق الامجوز الانتقاص من قيمتها ، ومي انتهى هذا النظام اما من طريق إنهاء الزوجية أوانحلال رباطها أو من طريق الاتفاق على إلهاء نظام الاشتراك صفيت الأموال المشتركة ، لكن تحتلف التصفية في هذه الحالة عن تصفية أموال الاتحاد ، في الاتحاد يستردكل من الزوجين حصصه ، أما في الاشتراك فالمال المشترك هو الذي يقسم بين الزوجين على أساس أن لكل منها حقا فيه أي حق في رقبته ، وهذا تفي بن الزوجين في حدود المال المشترك وحدة إقتصادية ووحدة قانونية في آن واحد . على أن تم القسمة على أساس من ملكية فردية إلى ملكية يد مشتركة ولهذا بحب أن تم القسمة على أساس وجود هذا النوع الأخير من الملكية .

ثم إنه يلاحظمن ناحية أخرى أن الأصل أن تم قسمة الأموال المشركة، سواء مها ما كان قائما وقت إنتهاء نظام سواء مها ما كان قائما وقت إنتهاء نظام الأشراك مناصفة بن الروجين ، إلا أن ينص نظام الأموال في مشارطة إنشائه على تعديل في تلك النسبة . ومع ذلك فقد احتاط المشركة ، وفي أكثر الأحيان الموت لورثة الروج المتوفى بالرمج في الأموال المشركة ، وفي أكثر الأحيان يضع الزوجان نظاماً خاصاً في مشارطة أموال الروجية يواجه كيفية التقيم ويتناول من طريق غير مباشر ذلك التحفظ الحاص باثبات حق الورثة في ملكية ربع الأموال المشتركة .

وقد عرض على القضاء السويسرى فيا يتعلق بحق الزوجين فى تعديل الأنصبة تعديلا يتناول من طريق غير مباشر الاحتفاظ بالرمج المتقدم ذكره. وقد أقر قضاء المحكمة العليا أن الأتفاقات المتقدم ذكرها تنطوى دون شهة على تعسف فى استهال الحق ولكنه تعسف لا تملك القضاء أن يشرع جزاء له، ويكاد قضاء المحاكم السويسرية فى هذه المسألة ينتهى الى إعتبار حق الزوجين فى الاتفاق على تعديل الحصص فى نظام الاشتراك حقاً مطلقاً أو حقاً غير مبرر، على حد مايقول به الفقه الفرنسى عند اخراجه لبعض الحقوق من نطاق سوء استهال الحق .

هذه هي القواعد العامة في نظام اشتراك الأموال . ولكن هذا النظام قد يتخذ صورا أخرى، فأحياناً يتفق على اخراج طائفة جسيمة من الأموال من نطاقة ، وأحياناً يتفق على الابقاء عليه حتى بعد انتهاء الحياة الزوجية . ولهذا وجدت صورمتعددة نخص بالذكر منها صورتين :

الأولى : نظام الاشتراك الممتد . والثانية : نظام الاشتراك المقصور على الأموال الطارثة .

(١) الاشتراك المتد:

لايعتبر الاشتراك الممتد نظاما من نظم أموال الزوجية وأنما هو اشتراك يوجد فى كنف نظام الاشتراك فى الاموال ولكن يستبقيه الزوج الباقى على قيد الحياة مع ورثة الزوج الآخرالذى مات، وذلك بإتفاق خاص . ولهذا الاتفاق فائدة محققة إذ هو يبق على المال منديجا فى اليد المشتركة لمصلحة العائلة نفسها ، إذ الطبيعى أن يتقضى الاشتراك عوت أحد الزوجين ، وفى هذه الحالة تم التصفية وقسمة الأموال بن أصحاب الحق فها ، أى بن الزوج الباقى على قيد الحياة وورثة الزوج المتوفى ، فإذا رأى الطرفان ألا مصلحة لهما فى اجراء هذه التصفية كان لهما محقتضى انفاق خاص ، لا يشترط فيه شكل من الاشكال ، أن يتفقوا على إيقاء المشاركة قائمة بينهم ، ولهذا تسمى المشاركة بالمشاركة الممتدة ؛ إذ أن أساسها هو الاشتراك في أموال الزوجية .

وبدسهى أن مثل هذه المشاركة تتحقق حتى فى ظل اتحاد الأموال ، فإذا مات أحد الزوجين كان لورثته أن يتفقوا مع الزوج الآخر الباقى على قيد الحياة على إنشاء ملكية مشتركة بحصص هذا الزوج الأخير وحصصهم .

ويلاحظ أن الأموال التي تدخل في الشركة الممتدة هي أموال ورثة الزوج الذي مات إذا أحمعوا على ذلك ، أو أموال من يقبل مهم امتداد المشاركة بالنسبة الى حصته ، ولايدخل في الشركة الممتدة إلا تلك الأموال ، أما الأموال الطارئة التي تؤول الى أي من الشركاء فلا تدخل في هذه المشاركة .

وتنحل هذه المشاركة انحلالا كاملا اذا رغب الزوج الباقى على قيد الحياة فى تصفيها أو اذا رغب الورثة فى ذلك . كما أن المشاركة تنحل انحلالا جزئياً اذا رغب أحد الورثة فى الحروج منها أو مات أحدهم وآل نصيبه الى الباقن، ولغر ذلك من الأسباب المتعلقة بإنقضاء المشاركة إنقضاء كاملا أو جزئياً .

ومنى انقضت المشاركة تمت التصفية ، لا على أساس قيمة الأموال عند انقضاء رباط الزوجية،ولكن على أساس قيمتها عند تحقق السبب الجديد.

(ب) الاشتراك المقصود على الاموال الطارئة: نصت المادة ٢٣٨ على أن و لازوجين أن يشرطا في مشارطة أموال الزوجية أن تكون الملكية المشتركة قاصرة على الأموال الطارئة و وتعتبر الاموال التي تكتسب ملكيها أثناء الزواج مكونة للأموال الطارئة وتخضع للقواعد المتعلقة بالاشتراك ، ويستثنى من هذه الاموال ما يم اكتسابه من طريق الشراء بمال لم يكن من قبيل الاموال الطارئة ع. ونصت المادة ٢٤٠ على أن والرمج الذي يكون

قائما وقت حل الاشراك يؤول محق النصف الى كل من الزوجين أو الى ورثهما ، أما الحسارة فتقع على عانق الزوج أو ورثته ، ما لم يقم الدليل على أن هذه الحسارة ترجع الى خطأ الزوجة . وبجوز أن ينص فى مشاركة أموال الزوجية على طريقة أخرى لتوزيع الرمح أو الحسارة » .

ومن هذين النصين بين أن نظام الاشتراك الذى يقتصر على الأموال الطارثة يتميز بميزتين: يتصل أولهما بنطاق الأموال المشتركة . ويتصل الثانى بكيفية القسمة عند انهاء الاشتراك .

فبالنسبة الى المسألة الأولى يتضع من نص المادة ٢٣٩ أن الاشتراك القاصر على الأموال الطارئة لا يتناول الا كل مال يتم كسبه بعد انعقاد الزواج بسبب نختلف عن الميراث أو التبرع أو الشراء بثمن ثم الحصول عليه من طريق بيع مال لا يدخل في نطاق الأموال الطارئة .

ولكن يلاحظ أن اقتصار نطاق النظام على الأموال الطارثة وحدها لا يمكن أن يم الا مقتضى نص خاص فى مشارطة أموال الزوجية ، فان لم يتفق الطرفان على ذلك فى المشارطة كان عقدهما مجرد اشتراك عام فى الأموال ، وهذا الاشتراك العام مخضع للقواعد التى تقدم ذكرها فى نظام الاشتراك من قبل .

ويلاحظ دائمًا أن انتصار الاشتراك على الأموال الطارئة لا يعمى أن المال الطارئ يكون نتيجة لعمل الزوجين بل مثل هذا الملل الطارئ يتوافر من طريق الاقتصاد في النفقات، فيل هذا المال المقتصد هو الذي مخصص عادة لاقتناء الأموال الطارئة ، ولهذا يقال أن للزوجين أجرهما في اقتناء الأموال الطارئة ، فلولا تعاونهما على الاقتصاد لما اتيح تدبير المال الذي يشرى منه ما يعتبر مالا طارئا . ولهذه العلة وضع القانون السويسرى قاحدة خاصة باقتسام الرمج في الحالة التي يكون فيها نظام الاشتراك مقصورا على الأموال الطارئة . وهذه هي الناحية الثانية . فاذا وجد رمج عند انتهاء على الأموال الطارئة . وهذه هي الناحية الثانية . فاذا وجد رمج عند انتهاء الاشتراك كان هذا الرمج من حق الزوج والزوجة مشركين على قدم المساواة عمي أن الزوجين يقتسمان مناصفة هذا الرمج فيكون لكل منهما نصفه ومحل

ورثة كل من الزوجين محله في هذه القسمة . فلو فرض مثلا أن اتحلال الإشتراك تم يسبب موت الزوج ، فني هذه الحالة يكون لورثة الزوج الحتى في نصف الرج ، ولو فرض أن هذا الانحلال تم يسبت موت الزوجة فيكون لورثة الزوجة الحق في نصف الرج ، باعتبار أنه كان من حتى الزوجة أن تحصل عليه فيا لو بقيت على قيد الحياة . ولا يستثني من قاعدة الاشتراك مناصفة في الربح أن يشترك الزوج الباقي على قيد الحياة في الحصول على نصيب من النصف بوصفه وارثا للزوج الآخر.

الا أن قاعدة التساوى فى اقتسام الربح لا تطبق بالنسبة الى الحسارة ؛ · ففيا يتعلق بالحسارة لا يشترك الزوجان مناصفة وانما يتحمل الزوج وحده عب، الحسارة كاملة دون أن تشركه الزوجة فى ذلك .

هذه هي القاعدة العامة ، الا أن القانون يورد استثناء خاصا على هذه القاعدة ، وهذا الاستثناء هو استثناء في المظهر أكثر منه استثناء حقيقيا ، فقد الزم القانون السويسرى الزوجة بأن تتحمل الحسارة فيا لو أقيم الدليل على أن هذه الحسارة ترجع الى تقصير الزوجة ، كما لو فرض مثلا أن الزوجة تولت استغلال المال فاسفر استغلالها عن خسارة ترجع الى تفريطها . وواضع من عرض القاعدة على هذا الوجه أن الاصل هو وقوع الحسارة على كاهل الزوج ولا تلزم الزوجة بها الا بتوافر أمرين :

أولهما رجوع الحسارة الى تقصير الزوجة ، والثانى اقامة الدليل على أن تقصير الزوجة هو سبب الحسارة فلا يكنى عرد الادعاء بأن الزوجة قد تسببت في الحسارة بل بجب على من يدعى ذلك أن يتحمل عب الاثبات ، وعلى هذا النحويقع عبء الاثبات دائما على الزوج أو ورثته، متى كان هو أو كان الورثة يرغبون في تحميل الزوجة الحسارة كلها أو نصيب منها . ولا يكنى على أى حال أن يقام الدليل على أن الزوجة كانت تدير المال ، بل يجب أن يقام الدليل على أن تقصيرا معينا وقع من الزوجة وأن هذا التقصير هو الذي تجمت عنه الحسارة . ولهذا السبب يكاد يكون هذا الاستثناء عرد تطبيق للقواعد العامة في المسولية عن الفعل الفار.

البحث الثالث

فى نظام فصل الاموال

أفرد القانون المدنى السويسرى لنظام فصل الأموال سبع مواد تناول فيها آثار هذا النظام وحقوق الزوجين فى الملكية والادارة، ومسئوليتهما عن الديون وحقوقهما فى ربع أموالهما وفى كسبهما من العمل ، والترام كل مهما بالانفاق على شئون الزوجية، والى جانب هذا كله خصصت مادة وحيدة لنظام البائنة، فنصت المادة لا ٢٤٧ على أن للزوجين أن يتفقا فى مشارطة أموال الزوجية على أن يكون جزء من أموال الزوجة مرتبا بصفة بائنة لمصلحة الزوج للمعاونة فى أعباء الحياة الزوجية ، وتعتبر الأموال الى تثرك للزوج على هذا الوجه خاضعة لنظام اتحاد الأموال الا اذا اتفتى على غير ذلك .

ومعنى هذا أن المال الذي رصد للزوج كبائنة تخضع للقواعد المقررة في اتحاد الأموال من حيث جواز التصرف فيه أو عدم جواز ذلك ، ومن حيث تملك الزوج لتماره وتمتعه بحق انتضاع بالنسبة اليه ، ومن حيث اقتسام ما يتصل بهذا المال من رمج ، فكأن القانون المدنى السويسرى يهيب من الاخذ بالقواعد الجامدة التي اتبعها التقدين المدنى الفرنسي في شأن نظام البائنة ، ولهذا اخضمت البائنة لقواعد المتعلقة بنظام اتحاد الأموال دون زيادة ، اللهم الا ما يتفق عليه الزوجان في مشارطة أموال الزوجية فيا لو أرادا محالفة تلك القواعد .

وبيين من ذلك أن نظام البائنة فى سويسرا يعتبر صورة من صور نظم فصل الأموال ، لأن مال البائنة هو الذى عضع وحده للقواعد الحاصة بإتحاد الأموال ، أما ماعدا ذلك من الأموال الموجودة والمملوكة لكل من الزوجين فيخضع للقواعد المقررة فى نظام فصل الأموال .

ونظام فصل الأموال قد يتبع إبتداء فيا لو اتفق الزوجان على اتباعه بمقتضى مشارطة أموال الزوجية،ولكنه أيضا قد يطرأ على الزوجين بعد أن يكون قد خضعا لنظام آخر، ويرجع ذلك اما بسبب اتفاق الزوجين على انهاء نظام زوجية سابق والاستعاضة عنه ينظام فصل الأموال، وهذا جائز في القانون السويسرى على خلاف ما رأينا بالنسبة لأحكام القانون الفرنسى ، وأما أن يلجأ أحد الزوجين الى القضاء ليقضى بفصل الأموال ، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك ، وأما أن ينص القانون على وقوع الانفصال بقوة القانون كما هو الحال فيا لو أفلس أحد الزوجين وقصرت أمواله عن الوفاء بحقوق دائنيه . ولكن أيا كان وضع نظام الفصل بين الأموال فالقواعد المتعلقة به لا تختلف باختلاف سبب اتباعه ، وهذه القواعد تتركز حول مبادىء ثلاثة:

المبدأ الاول : هو استقلال ذمة كل من الزوجين واستقلالهما بتملك أموالهما وما تغل من ثمرات . فكلما وجد نظام إنفصال الأموال كان كل من الزوجين مستقلا بملكية ماله ، يستوى في ذلك أن يكون المال أصيلا أم طارئاً ويستقل كذلك كل زوج بتملك ما نغل أمواله من ربع أو دخل ، فهو من هذه الناحة تختلف عن نظام اتحاد الأموال إذ أن هذا النظام الاتحر يحول الزوج حي انتفاع بأموال الزوجية بيها لا يؤدى نظام الفصل الى تحويل الزوج أى حتى من هذا القيل . إلا أن هذا الفصل في الملكية والانتفاع عادة يستنبع عادة فصلا في الادارة أيضاً ، ولهذا يكون لكل من الزوجين أن يستقل بإدارة أمواله ، والاستقلال بالإدارة يعتبر نتيجة للاستقلال بالانتفاع . على أن الإعتبارات المملية تجعل نظام الفصل الكامل من الناحية التطبيقية نظاماً يعسر تطبيقه تطبيقا واضع القانون السويسرى أن ينظم الصورة التي تعهد فيها الزوجة الى الزوج الضع الفانون السويسرى أن ينظم الصورة التي تعهد فيها الزوجة الى الزوج بالإدارة ، فوضع في هذا الشأن حكين لهما أهمية عملية بالغة :

أولهما: أنه لا بجوز التروجة أن تتنازل تنازلا صحيحاً عن حقها في استعادة إدارة مالها فيا لو عهدت سهذه الإداره الى زوجها أياكان الوقت الذي تسرد فيه الزوجة حقها في الإدارة . ذلك أن القانون السويسري طبق على الزوج في هذه الحالة قواعد الوكالة وجعل للموكل أي الزوجة أن يعزل وكيله في أي وقت شاء ، فالواقع أن الأصل في الوكالة أن يكون للموكل حق عزل الوكيل لا اذا كانت الوكالة لمصلحة الوكيل أو لمصلحة النير . ولكن القانون في ظل نظام فصل الأموال نفي احيال تطبيق فكرة صرف الوكالة لمصلحة الوكيل فلم يعمل من إدارة الزوج لأموال الزوجة مصدراً لكسب مادى للزوج أو فرصة

لتحقيق مصلحة تتعلق به . فما دام أن الزوجين قد اختارا نظام الفصل ، فمن الواجب أن يكون لكل مهما حقه الكامل في أن يستقل علكية ماله والانتفاع به وبإدارته ، ولهذا عنى المشرع بالنص صراحة على عدم جواز تنازل الزوجة عن حقها في السرداد إدارة أموالها في أي وقت تشاء فها لو عهدت بالادارة الى الزوج ، وهذا النص يتضمن في جانب منه تطبيقاً للقواعد العامة في الوكالة ، وفي جانب آخر حماية المرأة المتزوجة من أن يفضى تنازلها عن حق الإدارة الى تحويل الزوجة على الإدارة . على نصيب من ربح أو على تمرات هذه الإدارة .

وثانيهما : حكم يتعلق بالحساب ، فقد نص القانون السويسرى صراحة على أنه اذا عهدت الزوجة بادارة أموالها الى الزوج كان من المفروض أنها تتنازل عن مطالبته بالحساب أى بتقديم حساب أثناء قيام الزوجية وأنها كذلك تترك له الراد هذه الاموال حيمه لملانفاق منه على شئون الزوجية . ويبن من ذلك أن القانون أقام قرينة على اتفاق الزوجة على اعفاء الزوج تكليف الزوجة الزوج بادارة الأموال يقتضى قيام هذه القرينة ، ولكن الأمر لا يعدو قرينة متعلقة بالنظام العام يمنى أن للزوجين أن يتفقا على تكليف الزوج بسبب ، كما أن لهما أن يتفقا على أن غصص الزوج نصيا معينا من الراد أموال الزوجية وان كان من النادر من الراد أموال الزوجية وان كان من النادر من المنافق من هذا القبيل .

اما المدأ الثانى: فهو يتعلق عسولية كل من الزوجين عن الديون، وقد عرض القانون المدنى السويسرى لهذه المسؤلية فى نصبن فقرر فى المادة ٢٤٣ بأن و الزواج يسأل شخصيا عن ديونه السابقة على الزواج وعن الديون الى التعد أثناء الزواج، تستوى فى ذلك أن تكون هذه الديون قد عقلت من الزوج نفسه أو من الزوجة بوصفها ممثلة لاتحاد الزوجية أى للاسرة وتلزم الزوجة بديوم السابقة على الزواج وبالديون الشخصية التى تنشأ على عاتقها أثناء الزوجية، وتلزم الزوجة فى حالة اعسار الزوج بالديون الى يعقدها هو أو تعقدها هى للاتفاق على الشنون المزلية ، ومن هذا النص

يين أن كلا من الروجين يستقل بالمسؤلية عن ديونه السابقة على الزواج. أما الديون اللاحقة للرواج فيسأل عنها الروج متى عقدها هو أو متى عقدتها الروجة بوصفها ممثلة للاسرة ، ولا يستثنى من مسئولية الزوج عن هذا النوع الاخير من الديون أى الديون المتعلقة بالانفاق على شئون الزوجية الا الحالة التي يكون فيها الزوج معسرا ؛ وفيها تلتزم الزوجة بأداء هذه الديون سواء عقدتها هي أم عقدها الزوج.

وفيا عدا الاستثناء الاخير لا تسأل الزوجة الاعن ديونها الشخصية التي تعقدها يعد الزواج.

فخلاصة القاعدة الأولى اذن أن كلا من الزوجين يستقل بتحمل ديونه، أما ديون الشئون المنزلية فيتحملها الزوج فى الاصل ولا تتحملها الزوجة الا اذاكان الزوج معسرا .

وتنص المادة ٢٤٤ على أنه الا يجوز الزوجة أن تطالب محق امتياز في تفليسة الزوج أو ممناسبة توقيع أى حجز عليه حتى ولوكانت قد عهدت اليه ادارة أموالها ، وذلك كله دون اخلال بالحقوق المتعلقة بالبائنة » . والواقع أن هذا النص يقرر النتيجة المنطقية لمبدأ استقلال كل من الزوجين في ملكية ماله ، وفي ادارة المال والانتفاع منه . فليس الزوجة أن تطالب بامتياز على أموال زوجها بالنسبة الى الدائين الآخرين .

والمبدأ الثالث: يتعلق بالانفاق على الشئون المنزلية. فقد نصت المادة ٢٤٦ على أن و للزوج أن يطالب الزوجة بالمساهمة بنصيب عادل في أعياء الانفاق المنزلية ، واذا حصل خلاف بالنسبة الى هذه المساهمة كان لكل من الزوجين أن يطلب الى السلطة المختصة تحديد المساهمة التي رغب فيها »، ولا يلزم الزوج أن يؤدى في مقابل ما تقوم به الزوجة من أفعال في الشئون المنزلية أي مال »

وعلى هذا الوجه حدد التقنين السويسرى موقف كل من الزوجين بالنسبة للأعباء العائلية فى ظل نظام انفصال الاموال قالزوج هو الملزم أصلا بالانفاق ، ولكن يجوز للزوج أن يطالب الزوجة بأداء نصيب عادل فى النفقات ، فان اثير خلاف فى هذا الشأن تولى القضاء أمر تعين هذا النصيب ، والزوجة من ناحيها ملزمة بأن تؤدىكل ما يقتضيه القيام على الشئون المنزلية من أعمال وهى تؤدى هذه الاعمال دون أن يلزم الزوج بأن يؤجرها فى مقابل ذلك .

والحلاصة : اذن أن نظام فصل الاموال هونظام يكفل لكل من الزوجين استقلالا فى ماله من حيث الملكية والادارة والانتفاع ، ويكفل مساءلة كل من الزوجين عن ديونه كاملة ، الا أن ديون الشئون المنزلية تقع على كاهل الزوج ولا تسأل الزوجة عنها الا استثناء فى حالة اعسار زوجها .

وكل ماهنالك أن أحكام الوكالة فيا يتعلق بادارة الزوج لأموال زوجته فيا لو عهدت الزوجة الى زوجها بذلك تتخذ صورة خاصة يباح فى ظلها الاعفاء من تقدم الحساب تأسيساً على فكرة أخرى هى افتراض الزوج على الشؤن المزلية من ربع الادارة .

والواقع أن الاعفاء من تقديم الحساب مقصور لذاته باعتبار أنه وسيلة من وسائل اقامة السلام العائلي اذ الأصل أن الوكيل لايعني اطلاقا من تقديم الحساب .

القسم الثانى فى أحكام القانون المصرى

كان الفقه وقضاء المحاكم المختلطة يقرران في غير احتراس قبل الغاء الامتيازات الأجنية أن مصر لا يوجد فيها قانون موحد للاحوال الشخصية وأن نظام أموال الزوجية لا توجد له قواعد في القانون المصرى ، ولكن هذه المقدمة ليست صحيحة على الأطلاق ذلك أن الشريعة الإسلامية تعتبر القانون ذا الولاية العامة في شأن الزواج ، وهذا القانون ينظم العلاقات المالية بن الزوجين وان كان هذا التنظيم يرجع إلى فكرة فصل الأموال ، ثم ان الطوائف المصرية غير الاسلامية ما زال تحضيع عند اتحاد المله لشرائعها بذلك أولا وقبل كل شي مااستقر من عرف بين المتمين الى الطوائف المتقدم بذلك أولا وقبل كل شي مااستقر من عرف بين المتمين الى الطوائف المتقدم جرى عليه العمل دون أن يتناوله التقدين . والمهم في شرائع الطوائف عبر الاسلامية أن هذه الشرائع قد الشريعة الاسلامية فيا خلاطوائف قليلة غير الاسلامية أن هذه الشرائع قد الشريعة الاسلامية فيا خلاطوائف قليلة نوت بنظام فصل الأموال صورة من صور نظام البائنة .

ويين من ذلك أن النظام المقرر فى مصر هو نظام فصل الأموال بالنسبة إلى المصريين مهما اختلفت أو تباينت عقائدهم ومذاهبهم . الا أن فى مصر أجانب مخضعون لقوانينهم وفقا لقواعد الاسناد المصرية وقد نصت المادة ١٣ من القانون المدنى الجديد على أن يسرى قانون الدولة التى ينتمى الها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة إلى المال .

والواقع أنه أيا كان ما نخالط هذا النص من تحوض أو مجاوزة لحدود الدقة، فمن المقرر فقها وقضاء أن قانون الزواج وقت انعقاد الزواج هو الذى يسرى فى شأن النظام المالى بين الزوجين . ومصدر الصعوبة في تفسر نص المادة ١٣ أو في صياغها أنها تخضع آثار عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة الى المال للقانون الذي عينته، وكان وهي بهذا تتحدث عن عقد الزواج لاعن مشارطة أموال الزوجية ، وكان من الواجب أن تكون الصياغة أوضح وأن يفرد النظام المالى بين الزوجين بنص خاص ، ولكن الواقع أن واضعى النص أرادوا منه أن ينصرف الى الآثار المالية حيما سواء مها الالتزام بالنفقة أم النظام المالى بين الزوجين ، وقد استقر القضاء على هذا التفسير وقضت بذلك محكمة استثناف القاهرة وعكمة استئناف الاسكندرية في أريل سنة ١٩٥٥

وعلى هذا النحو اتبعت الأحكام المقررة فى قانون جنسية الزوج فى شأن العلاقات المالية بين الزوجين ، ولكن النظام المالى بين الزوجين يرتب نوعين من الآثار أو العلاقات المالية :

النوع الأول: الآثار أو العلاقات المالية التي تقتصر على الزوجين وحدهما، و في حدود هذا النوع لاتوجد صعوبة في التطبيق .

أما النوع الثانى: فهو الآثار التى تتعلق بترتيب حقوق عينية أو بالتأثير فى حقوق الدائين . وهذا النوع الثانى لايمكن التسليم بسريان الفانون الشخصى فى شأنه وانما يرجع الى التكييف والى القانون المصرى فى شأنه كلما عرضت مسألة بذاتها .

وعلى هذا النحو يكون من المفيد أن نعرض في هذا القسم الثاني :

أولا: لقواعد القانون المصرى .

وثانيا : لتحديد مفهوم قواعد الاسناد المصرية فيا يتعلق بتطبيق النظم المالية للازواج في مصر .

القسم الثاني الباب الاول

في قواعد القانون المسرى

المبدأ المقرر في مصر أن هناك انفصالا كاملا بين ذمة الزوج وذمة الزوج وذمة الزوج وذمة الزوجة ومن أجل ذلك استقر في الأذهان أن مصر لا يوجد فيها بوجه عام نظام لأموال الزوجية ، ولكن هذه النظرة لاتعدو أن تكون نظرة سطحية ، فحيشة الزوجين في اسرة واحدة واتصال الحياة المشتركة ببنهما يستبعان وجود علاقات مالية ووجود أحكام تتعلق بأموال الزوجية ، وهذه العلاقات وتلك الأحكام هي التي يتكون مها نظام الأموال بين الزوجين .

واذا كانت الأحكام المتعلقة بأموال الزوجين مبعثرة في أعطاف القوانين المختلفة ، فتفرق هذه الأحكام لاينني أنها تتواصّل فيا بينها وتتكامل لتكوّن نظاما ينبغي أن يكون في الوقت الحاضر محلا لاستقصاء دقيق ، بل وينبغي أن يكون هذا الاستقصاء ممتدا الى البحث في احيّال الاتفاق ممتشى عقود خاصة على تنظيم العلاقات المالية بن الزوجين ومدى صحة هذا الاتفاق .

في الشريعة الإسلامية مثلا توجد قرائن تتعلق بتعين من يثبت له حق الملك في المال من الزوجين ، وقد جرى القضاء على تطبيق هذه القرائن فقضى بأن الأصل في المال الموجود بمنزل الزوجية أن يكون مملوكا للزوجة فيها عدا مايكون وقفا على استمال الرجال . وقضى من ناحية أخرى بأن مايكون من الامتعة المنزلية وقفا على استمال السيدات يعتبر مملوكا الزوجة ، يبدأن القرينة في الحالتين تعتبر من قبيل القرائن البسيطة التي يجوز أن يقام الدليل على عكسها .

هذه ناحية أولى تقررت على أساس آراء الفقهاء ، وهى آراء اقيمت على أساس العرف الجارى لا على أساس اتباع أو انشاء تنظيم معين لأموال الزوجة . ومن ناحية أخرى انجهت بعض مذاهب الفقه الاسلامى الى حرمان الزوجة من مبراث العقار وبذلك قصر حقها على أن ترث في المنقول وحده، واذا كان ظاهر هذا الحكم بجرد تنظيم الارث الا أنه في الحقيقة يتعلق بالنظام الملك بين الزوجن اذ العلة التي أقيم عليا هذا الحكم تنحصر في خشية هذا الفريق من الفقهاء من أن ترث الزوجة في العقارات ثم تنزوج فيا بعد وبذلك تدخل شريكا أجنبيا يتولى فعلا ادارة نصيها وبذلك يتنني الانسجام المفروض بين الشركاء، ومن الواضح أن ارتباب الفقهاء الذي رأوا حرمان المرأة من المبراث في العقار بغير نص بني على الغالب الشائع في البيئة مي وجدوا فها، وقوام هذا الغالب ماجرى به العرف من استقلال الزوج عادة ، بادارة أموال الزوجة واستغلال هذه الأموال.

الا أن ذلك الرأى لم يقرره إلا قليل من الفقهاء وهو على أى حال غير متبع فى المذاهب الأربعة الأصلية وإنما اتبع فى بعض مذاهب الشيعة .

هذا وذهب بعض فقهاء المالكية الى وجوب حصول الزوجة على إدن من الزوج للتصرف فى أموالها رغم أن الشريعة الإسلامية لا تعرف نظام تقييد أهلية المرأة المنزوجة ورغم أن نصاً من نصوص الكتاب أو السنة لم يرد فى مثل هذا التقييد .

بيد أن الظاهر أن رأى هذا الفريق من الفقاء رغم ندرته وقلة المؤيدين له قد صدر عن اعتبار علمي هو وجوب تشاور الزوجين فها يتعلق بمستقبل أموالهما ، ومن المفهوم أن يتجه التفكير الى هذه الناحية مي روعي أن رباط الزوجية وإن تعلق بالناحية الروحية أولا الا أن للجانب المالى فيه أثراً قد يؤثر على اتصال التفاهم الروحي .

ورغم أن هذا الرأى يكاد يكون مجهولا ، إلا أنه يكشف عن عناية فريق من فقهاء المسلمين بتحرى حقائق الواقع فى نطاق الحياة الزوجية ، فإذ كان الأصل أن للزوجة حرية كاملة للتصرف فى مالها الاأن من المفهوم أن التصرف قد يؤدى الى إفقار الماثلة أو الاضرار بمصالح الأسرة أو الى الاضرار بمصالح الأوج نفسه ، ولذلك قد يكون منطقياً أن تستشير الزوجة زوجها قبل إجراء

التصرف، فإن وافق وطابت نفسه له كان أدعى الى الابقاء على سلام العائلة ، وإن رفض وتصرفت الزوجة رغم هذا الرفض أدى ذلك وجود خلاف بن الزوجين قد يستحكم وينهي بالفرقة بينهما . واتقاء لهذا الاحمال الثانى رأت تلك القلة من الفقهاء أن تقيد الزوجة بوجوب الحصول على إذن بالتصرف من طربق الاجتهاد والبحث تمشيا مع ضرورة الابقاء على الوثام بين الزوجين دون استناد الى أى من نصوص التشريع .

ومن كل ما تقدم بين أن الشريعة الاسلامية درجت على نظام الفصل الكامل بن أدوال الزوجن وقد اقتضى هذا الفصل استقلال كل من الزوجن علكية ماله واستقلال كل من الزوجن علكية ماله واستقلال كل من الزوجن بالتصرف فى ماله . ولم يبدر من الفقه الإسلامي اتجاه الى الحد من حود القواعد الثلاث المتقدم ذكرها إلا فى حدود ضيقة وفى خطى مترددة يساورها الكثير من التيب والحياد .

وإذا كان موقف الشريعة الإسلامية لم يتطور في شأن نظام الأموال بين الزوجين ، فقد جدت عوامل من الواقع تعرر التفكير في الأخذ بمثل هذا النظام ، أو لا من طريق تنمية العرف المنظم على الأقل في الطبقات التي تتولى السبق الى التنظيم ، ومن المحقق أن مثل هذا العرف يستقر دون عناء في أحكام التشريع فيما لو وضحت معالمه وتحددت تفاصيله .

هذا ويلاحظ من ناحية أخرى أن القانون المدنى تضمن أحكام متفرقة ، فجعل الزوجية مانعاً من مواتع الرجوع في الهبة ، وجعل رابطة الزوجية مانعاً من مواتع الرجوع في الهبة ، وجعل رابطة الزوجين من مواتع الحصول على كتابة فيما لو يحقق أن هذا هو الواقع بن الزوجين . الى التملك ، ولذلك الحيازة غير الواضحة أى التي يشوبها الغموض غير مفضية الى التملك ، ولذلك تكون الحيازة بين الزوجين غير موفرة لشرط الوضوح باعتبار صلبهما المتبادلة . بل واعتبر من طريق غير مباشر الزوجية مانع من مواتع سريان التقادم . فنص على أن التقادم لايسرى كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب محقه ، ولوكان المانع أدبياً . بل واعتبر أن النيابة مانعة من سريان التقادم بن النائب والأصيل ومن المحقق أن الزوج قد يقوم بالنيابة عن زوجته كما أن الزوجة قد تنوب عن الزوج ، وفي كلتا الحالتين اعتبر القانون قيام النيابة مانعا من موانع سريان التقادم .

وهذه القواعد التي قررها القانون المدنى قد تنطوى الى حد بعيد على مواتع تحول دون اجباد القضاء في تهذيب نظام لأموال الزوجية ، فالقضاء يقف من علاقات الزوجية موقفا يجب أن براعي فيه ما لهذه العلاقات من طابع خاص،ولكن اطلاق النصوص لا ييسر له ذلك في حميع الحالات ، ولحذا السبب ما ترال الاحكام متجهة بوجه عام الى تطبيق قواعد القانون المدنى على النظام المالى فيا بين الزوجين دون تحفظ الا في القليل النادر من الحالات ، وستتناول ما يلى :

ملكية كل من الزوجين ، وحتى الادارة ، واخبرا حتى التصرف.

(أولا) الملكية: يستقل الآن كل من الزوجين بتملك ما يكون لديه من مال قبل الزواج ويستقل كذلك بتملك كل ما يؤول اليه من مال بعقد من عقود المعاوضة أو بعقد من عقود الهبات. وكل ما هنالك أن العرف جرى على النحو اللذى تقدمت الاشارة اليه بأن ما يكون موجودا في منزل الزوجية يعتبر في الاصل مملوكا للزوجة الا اذا قام الدليل على غير ذلك. وغيرى العمل عادة على اعداد قائمة بجرد أمتعة منزل الزوجية واشتمال هذه القائمة على كل ما يكون مستعملا في هذا المنزل وعلى الاقرار بأن ما ورد في القائمة هو ملك للزوجة ، وهذه القوائم شائمة الاستمال في دعاوى الاسترداد. وقد جرى القضاء على اعتمادها باعتبار أنها تؤيد القرينة التي أشرنا اليها من قبل حتى بالنسبة الى الغير.

هذا وتعتبر القرينة المتقدم ذكرها من قبيل القرائ البسيطة ، والعلة في ذلك أن الزوجة لا تلزم باحضار جهاز معها في منزل الزوجية . وقد نصت المادة ١٩١٧ من مجموعة قلرى باشا المعروفة باسم الاحكام الشخصية على أن و المال ليس مقصود في النكاح فلا تجهز نفسها من مهرها ولا من غيره ولا يجبر أبوها على تجهيزها من ماله فلو زفت بجهاز قليل لا يليق بالذي دفعه الزوج أو بلاجهاز أصلا فليس له مطالبها ولا مطالبة ابها بشي منه ولا تنقيص شي من مقدار المهر الذي تراضيا عليه ، وإن بالغ الزوج في بذله رغبة في كثرة الجهاز ». ويتضح من ذلك أنه ليس ممتنع عملا ولا قانونا أن ترف

الزوجة بدون جهاز وانكان العرف قد جرى على غير ذلك ، ولهذا يستطيع الزوج أن ينبت بجميع طرق الاثبات أن الزوجة لم تأت بجهاز وأن امتمة المنزل ملك له . وللفير كذلك أن يثبت ما تقدم اذا توافرت لديه الادلة أو البيانات.

ومؤدى ما تقدم أن الزوجة تملك المهر باعتباره مقابلا ماليا الزواج ، ولا صلة بن تملك الزوجة المهر ومسألة جهاز الزوجة ، فالجهاز أمر جرى به العرف ولكنه متروك لمحض خيار الزوجة ان أتت به فهو ملكها وأن لم تأت بشئ فلا سيل الزوج علها . وهذه القاعدة هي التي كانت أساسا للعرف الحاص بالقرائ المتعلقة علكية الامتعة المنزلية .

الا أنه قد يقع أثناء قيام الزوجية أن مجدد الزوج الامتمة المذالة أو أن يضيف عليها قدرا كبيرا ، فهل يكون الزوجة في مثل هذه الحالة أن تدعى ملكية ما تجدد أو جد ؟ لا يوجد عرف بالنسبة الى هذه المسألة ، ومقتضى إطلاق مبدأ استقلال كل من الزوجين علكه أن يعتبر الزوج مالكا جليد أتى به ومبدأ الاراء على حساب الفير في اطلاقه مجمل الزوج الا أن المبدأن لا يطبقان في اطلاقهما من الناحية العملية فقاعدة الأراء على حساب الفير لا يطرد تطبيقها حيث محصل المفتقر على فائدة من الراء على حساب الفير والزوج عندما يقوم بتجديد الأمتمة لا يفعل ذلك لمصلحة الزوجة وحدها وانما ينضع هو مما أنفقه ، وقد يكون انفاقه هو الغرض الراء الإسامى من الانفاق ، ولهذا لا يكون للزوج أن برجع على الزوجة بنفقات التجديد ان كان الجهاز مملوكا لها ، وهو لا يرجع عليها من باب أولى ان كان الجهاز له هو .

وفضلا عما تقدم فان المبدأ الثانى لا يطبق على اطلاقه؛ فقد يضيف الزوج الى الأمتعة المترفية قلد ألك الأمتعة الم الأمتعة المترفية المترفية على التبرع ، والمسألة هنا تثير اشكالين : أولهما هو اقامة الدليل على انصراف نية الزوج الى التبرع ، والثانى هو الاشكال الحاص بتحقق معى القبض في هبة المتقول فيا لو تكن الهبة رسمية .

والأصل فيما يتعلق بالاثبات بين الزوجين أن الزوجية تعتبر مانها من موانع الحصول على كتابة اذا كان مسلك الزوجين مؤكدا لذلك ، ومع هذا فالاعفاء من الكتابة يتعلق بالحقوق الشخصية أو الالزامات ، وقد يستدل على ذلك بورود القواعد المتعلقة بالاثبات في القسم الخاص بالالترامات أما بالنسبة الى الحقوق العينية فقد يكون في اعتبار قيام الزوجية مانعا من الحصول على كتابة علا للنظر ، ولكن الواقع بحالف ذلك فن بهب منقولا يلترم بنقل حق عيى على سبيل التبرع . وعلى هذا الوضع يوجد داعًا الزام باعطاء في أساس كل ترتيب تعاقدى لحق عيى ؛ وهذا الالزام هو الذي يتناول الاعفاء من الدليل الكتابي كلما بردت رابطة الزوجية ذلك .

أما مشكلة القبض بالنسبة الى هبة المنقول فهى على جانب كبير من الدقة لان اشتراك الزوجية فى معيشة واحدة يننى القطع بحيازة أحدها للمال الذى يشتركان فى استعماله ، والمقصود بالقيض خروج المال من حيازة الواهب وتسلم الموهوب له لهذا المال على وجه يتأكد معه استئثاره به ويتأكد معه انصراف القصد الى تنجيز التصرف على وجه بات.

وإزاء هذه الصعوبة التي ترجع الى شيوع الحيازة بن الزوجن وضع فقهاء الشريعة الاسلامية قرائ عملية برجع الها عند الحلاف، وقد أحملت المادتان ١١٨ و ١١٩ من محموعة قدرى تلك القرائن فقررت المادة ١١٨ أنه و اذا اختلف الزوجان حال قيام النكاح أو بعد الفرقة في متاع موضوع بالبيت الذى يسكنان فيه سواء كان ملك الزوج أو ملك الزوجة، فما يصلح النساء عادة فهو للمرأة الا أن يقيم الزوج البينه، وما يصلح للرجال أو يكون صالحا لهما معا فهو للزوج ما لم تقم المرأة البينة، وأمهما أعامها قبلت منه وقضى له بها ولو كان المتاع المتنازع فيه مما يصلح وشودى القاعدة المتقدمة أن الزوجة تعتبر حائزة لما يصلح لاستمالها، وفقاعد للزوج أو لوارثة أن ينازع الزوجة في قبض ما تكون وقت من زوجها من تبرعات من هذا القبيل كالمصوغات والامتعة قد تلقت من زوجها من تبرعات من هذا القبيل كالمصوغات والامتعة قد يكون استمالها وقفاعلى السيدات وحدهن كأواني القصور وما الى ذلك.

أما ما عدا ذلك من الأمتمة فالقرينة فيه قائمة لمصلحة الزوج، اذيفترض فيه أنه جائز لكل ما يصلح لاستمال الرجال ولكل ما عدا ذلك مما يصلح لاستمال الزوجين معا، وبديهي أن القرينة فيا يتعلق بالبضائم تعتبر لمصلحة من يتعاطى التجارة، اذ يفترض فيه أنه حائز للبضاعة، ومجوز أن يقاس على ذلك كل ما يتعلق بالأدوات الحاصة بالصناعات والحرف، فهذه الأدوات يفترض أنها مملوكة لمن يباشر من الزوجين الصناعة أو الحرفة.

أما المادة 114 فلم تبق على القرينة التى تقدمت الاشارة الها فى شأن الحيازة ، اذ وضعت حكما آخر يواجه حالة النزاع بين الزوج الباقى على الحياة وورثة الزوج الآخر فقضت بأنه و اذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع فى متاع البيت بين الحي وورثة الميت فالمشكل الذي يصلح للرجل والمرأة يكون للحي مهما عند عدم البينة و والظاهر أن فقهاء الشريعة لم يردوا طرد القاعدة العامة بالنسبة الى نزاع الورثة مع الزوج الباقى على قيد الحياة وأرادوا أن يكفلوا الابقاء على الامتمة المنزلية ما أمكن الزوج الباقى على قيد الحياة تمشيا مع الاعتبارات العملية التى تفرى بابقاء المنزل ومتاعه للحي من الزوجين عم معيشته فيه من قبل و ولمذا يبدوا على القاعدتين الواردتين فى المادتين عملية عبدارات عملية التي وجاء المناقض يستند الى اعتبازات عملية لا مجوز الشك فى وجاهها .

وخلاصة ماتقدم إذن أن القرينة الخاصة بالحيازة التي يمكن أن يستخلص مها القبض تقوم على أساس افتر اض حيازة الزوجة لما يصلح لها ويتعلق بتجارتها أو صناعتها أو حرفتها من أمتعة وحيازة الزوج لما عدا ذلك ، ويستشى من القرينة لملتقدمة الحالة التي ينشأ فها النزاع بين ورتة من مات من الزوجين والزوج الباق على قيد الحياة فأيا كان جنس هذا الزوج يفترض فيه عند عدم البينة أنه الحائز والمالك لكل ماعدا ما يصلح للزوج الميت من أمتعة أو أحوات متعلقة بحرفة أو صناعة أو تجارة .

ويتصل بمركز الزوجية في الملكية مسألتان :

الأولى التبرعات الصادرة لكل من الزوجين ، والثانية كسب كل من الزوجين من عله .

التبرعات الصادرة لاحد من الزوجين

فالواقع أن الأصل أن كل تبرع يصدر لأحد من الزوجين لا يكون صحيحاً إلا اذا اتبعت فيه الاجراءات الخاصة بالترعات بوجه عام ، بيد أن هناك صورة من صور التبرع جرى بها العرف واستقر عليها العمل وأضحت لها أهمية كبرة من الناحية التطبيقية ، وهذه هي صورة تبرع الآباء بتجهنز البنات عند الزواج ، ولو أجريت الأحكام العامة على هذه الصورة لنجمت عن ذلك صعوبات قد يكون من العسر تخطها . ولكن الشريعة الإسلامية وضعت للصورة المتقدمة قاعدة تكشف عن نظرالفقهاء إلها نظرة تختلف بعض الاختلاف عن نظرتهم الى التبرعات العادية ، ويستخلص ذلك من المادتين ١١٤ او١١٤ مجموعة قدري ، وتنص الأولى على أنه داذا تبرع الأب وجهز ابنته البالغة من ماله فإن سلمها الجهاز حال صحته ملكته بالقبض وليس لأبها بعد ذلك ولا لورثته استرداد شيء منه ، وإن لم يسلمه إليا في مرض موته فلا تملكه إلا باجازة الورثة ، وتنص الثانية على أنه ، اذا اشترى الأب من ماله في حال صحته جهاز ابنته القاصرة ملكته بمجرد شرائه سواء قبضته ينفسيا وهي مميزة فى حال صحته أو مرض موته أو لم تقبضه فى حياته ، وليس له ولا لورثته أخذشىء منه ، ولو مات قبل دفع ثمنه برجع البائع على تركته ولاسبيل للورثة على القاصرة ، .

ويستخلص من هذين النصين أن الفقهاء يفرقون في التبرع بين ما يصلو للبنت القاصرة وما يصدر للبالغة من أبها لأغراض الزواج ، فالتبرع بالنسبة الى القاصرة يتم بمجرد الشراء ، ولذلك لايشرط في هذه الحالة القبض من ناحية القاصرة ولا يفرق بين الشراء بثمن عاجل والشراء بالنسيثة ، وكل ما هنالك أن الأب اذا اشترى الجهاز بالنسيئة التزمت تركته بأداء الثمن .

ومن الواضح أن فى هذا الحكم خروجا على القاعدة العامة فى اشتراط القبض إلاأنه يفترض أن الأب عندما اشترى تولى القبض نيابة عن ابنته القاصر، ويفترض النص بداهة أن الأمر لايعدو مجرد التبرع بالجهاز وهو فى الواقع مكون من منقولات . وأيا كان الحكم في افتراض أو عدم جواز افتراض قبض الأب للجهاز ليناية عن ابنته القاصر فالحكم المقدم ينطوى أولا على أن التبرع بالجهاز لا يختلف عن سائر التبرعات من حيث الطبيعة وهو بعد ينطوى على استثناء من قاعدة اشتراط القبض ، والعلة في ذلك أن الفقهاء أثر لوا هذا التبرع منزلة خاصة وتنظيم الحبة بنصوص خاصة في القانون المدنى يثيران اشكالا في مدى جواز الابقاء على القاعدة الشرعية ، فهل تعتبر هبة الجهاز القاصر تامة بمجرد الشراء أم تجرى علها حكم القانون المدنى الخاص بإشتراط القبض مع أن الأب قي مدى الموقد يشترى الجهاز ويكلف الصانع نقله الى منزل الزوجية دون أن يتولى قبضه ؟ أن الحب تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية المستمدة من الفقه في هذه الحال أن من الحبر تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية المستمدة من الفقه في هذه الحالة قواعد خاصة استقرت في المرف وجرى عليه الممل قبل القانون المدنى و بعده . ولم يعرض القانون المدنى المرف وجرى عليه الممل قبل القانون المدنى و بعده . ولم يعرض القانون المدنى الحواضة القراصة والخواعد ولم يعرض القانون المدنى الحواضة التقانون المدنى الحواضة القرة دون أن ينسخ الأوضاع الحاصة التى أفردت بأحكام خاصة من قبل .

أما ترع الأب بتجهز ابنته البالغة فقد اخضع للقواعد العامة ، اذ اشترط لصحة الترع أن تتسلم البنت البالغة جهاز ها حال صحة أيها وبذلك تملك الجهاز بوصفه هبة انعقدت بالقبض . ولا يجوز للورثة أن يطعنوا على هذه الهبة ما دامت قد تمت حال صحة المورث . وعلى النقيض من ذلك اذا مات المورث قبل أن يم القبص من جهة البنت البالغة ، فان الجهاز يكون تركة للاب ، واذا تم قبض الجهاز من البالغة أثناء مرض موت أبها خضعت هبته للأحكام المتعلقة بالوصية ، فان كانت من الثلث صحت ، وان جاوزت هذا القدر توقفت في النصاب الزائد على اقرار بافي الورثة .

ومهما يكن من شي فن المشاهد أن تبرع الأب لابنته بالجهاز لا يختلف فها عدا حالة البنت القاصر عن تبرعه لابنه بجهاز الزوجية فيا لو رأى ذلك ، الا أن النوعين يعرضان في صورة التبرعات بوجه عام مع أن التبرع في مناسبة الزوجية لا يقصد منه أن يكون عجرد تبرع عادى بل يقصد منه

الى اعانة الزوجين فى شئون الحياة المشركة ، ولهذا ينبغى أن يكون للتبرع بالجهاز نظام خاص محيث محقق المساواة بين الورثة من ناحية ومخرج التصرف من نطاق أحكام الفهرائب الحاصة بالتبرعات.

كسبكل من الزوجين من عمله

أما كسب كل من الزوجين من عمله فهو خاضع لمبدأ استقلال الملكية، فلكل من الزوجين أن يستقل عا محصل عليه من دخل من عمله . وقد واجه الفقهاء الحالة التي تقوم فيها الزوجة بعمل متعلق بشئون الزوجية أو متعلق بشئون الزوج وأجرت عليها الحكم الذى سيقت الاشارة اليه في القانون السويسرى ، فنصت المادة ١٨٠ من محموحة قدرى على أنه و لا بجوز المرأة أخذ أجرة من زوجها على ما تبيئه من الطعام لا كلهما وأن لا بجب عليها ذلك قضاء ، وانما بجوز لها أخذ الاجرة على ما تسويه من الطعام بأمره البيع » .

ولهذا جرى العرف على أن الزوجة لا تطالب الزوج بأجر فى كل عمل تقوم به لتدبير الشئون المنزلية ، وهذا العرف هو الذى يتمشى مع ما تقضى به أصول الدن ، وان كان الققهاء يقررون أن للزوجة أن تحصل على أجر عن مثل تلك الأعمال ، لأن الزوج مكلف بالانفاق علمها ، ويندرج تحت معى الانفاق كل ما يتعلق بالقيام على المشؤن المنزلية . ولكن لا يوجد خلاف فها يتعلق بقيام الزوجة بعمل يعتبر محرد مساهمة فى حرفة الزوج أو صناعته أو تجارته ، فللزوجة أن تؤجر على هذا العمل ولها أن تحصل على مقابل له .

(تانيا) الادارة : القاعدة العامة أن لكل من الزوجن أن يستقل بادارة أمواله ولا شأن للزوج الآخر في ادارة المال أو استغلاله ، وقد قرر فقهاء الشريعة هذه القاعدة صراحة ، فنصت مجموعة قدرى في المادة ٢٠٦ على أن «ولاية الزوج على المرأة تأديبية فلا ولاية له على أموالها الحاصة بل لها التصرف في حميها بلا أذنه ورضاه ، وبلدون أن يكون له وجه في معارضها معتمدا على ولايته ، ولها أن تقبض غلة أملاكها وتوكل غير زوجها بادارة مصالحها وتنفذ عقودها بلا توقف على اجازته مطلقا ولا على اجازة أيها أو جدها عند فقده أو وصهما ان كانت رشيدة محسنة للتصرف ومهما تكن ثروتها فلا يلزمها شيء من النفقات الواجبة على الزوج،

ويستخلص من هذا النص أن كلا من الزوجين يستقل بادارة ماله فقوامة الرجال على النساء لا يستتبع أى تدخل من الزوج في ادارة مال الزوجة أو العكس.

قيام الزوج بادارة مال الزوجة دون توكيل

هذا هو الوضع النظرى، الا أن الامور تتعقد من الناحية التطبيقية تعقد النوج ادارة مال تعقد الزوج ادارة مال الزوجة في حكم الواقع دون أن يكون بيده توكيل، وفي هذه الحالة يستخلص القضاء عادة قيام وكالة ضمنية بن الزوجين، وهذه الوكالة تستنبط من قرائن أخصها تواتر قيام الزوج بأعمال الأدارة وتوقيعه على الاوراق المتعلقة بها، ولولم يذكر تحت التوقيع أنه يعمل بوصفه نائبا لا يوصفه أصيلا.

وفى مثل هذه الحالة تعرض صعوبتان :

الاولى تتعلق بمدى حق الزوج فى الادارة ، والثانية تتعلق بمركز الغير من الزوج الذى تعامل معه .

فالزوج قد بجاوز الادارة العادية الى أعمال تتسم عيسم النصرفات كالتأجير لمدة تجاوز تسع سنوات وكقبض الاجرة مقدما لمدة تجاوز ثلاث سنوات ، ويصعب فى مثل هذه الحالة تطبيق النص الحاص بالوكالة اللهى يشرط توكيلا خاصا فى أعمال التصرف ، اذ من البديمى أن يكون التوكيل الضمى الحاص نادر الحصول . فقد نصت المادة 7/٧٠٧ على أنه لا بد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الادارة وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات . الا أن الفقرة الثانية من هذه المادة نصت على أن الوكالة الحاصة فى نوع معن من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعن على هذا العمل على وجه التخصيص ، الا اذا كان العمل من التبرعات . وما من شك فى انه قد يتضح من ظروف الواقع ان الزوجة فوضت الزوج تقويضا ضمنيا فى اجراء أعمال التصرف الى لا تصبح كذلك الا لسبب برجع الى المدى الزمى ؛ والرأى ان مثل هذه الوكالة الخاصة الضمنية بحب قبولها ، ولكن بعد التثبت من وجود قرائن كافية تقطع بقيامها ، والمسألة مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع .

و خلاصة ذلك أن من الميسور استخلاص وكالة الزوج عن الزوجة في المقيام يأعمال الادارة ، بل ويكني وجود توقيع الزوج على بعض الاوراق المتعلقة بالادارة الاستنباط قرينة قيام الوكالة مها ، وعلى النقيض من ذلك ينبغي التشدد فيا يتعلق بأعمال التصرف . والأصل في هذه الأعمال انه لا يؤخذ بالوكالة الفسمنية الا اذا كان هناك من الادلة ما يقطع بقيامها. ومن الواضع أن الادلة قد تقتصر على القرائن في شأن بعض أعمال الادارة التي لا ترتفع الى مستوى التصرف بحكم امتداد الزمن ، أما في غير ذلك من الأعمال فلا بد من وجود الدليل المثبت الوكالة الحاصة على الوجه الذي قرره القانون . ومع هذا فاعتبار قيام الزوجية مانعا من موانع الحصول على كتابة عند الاقتضاء مخفف من هذا الحكم الاخير .

أما موقف الزوج الذي يتولى الادارة من الغير فيصعب الرجوع فيه الى القواعد العامة في النيابة ، فهذه القواعد تجعل الأصل هو انصراف الراسص المالاً الثائب ، ولكن الزوج قد لا يظهر عظهر النائب تنص المادة ١٠٦ على أنه اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته منائبا فان أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا إلا إذا كان من المفروض حيا ان من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة . وقد تعتبر نيابة الزوج عن الزوجة صورة رئيسية من صور تطبيقات الاستثناء الوارد في نهاية الملذكورة ولكن المسألة ترتبط أيضا بالواقع ، فلا يطبق الاستئناء الاحيث تكون ادارة الزوج لأموال الزوجة قد تواترت واستفاضت على نحو بحمل الفعر يعلم حيا بقيام النيابة .

الوكالة في الشئون المنزلية

ويتصل ممسألة الإدارة هذه مايسمى أحياناً بالوكالة في الشئون المنزلية وهي وكالة تقوم ها الزوجة بوصفها نائبة ضرورية عن زوجها فها يتعلق بنفقات الشئون المنزلية ، فالزوجة عادة تعقد العقود الحاصة بشراء الطعام والملابس والأثاث أحياناً ،وهي في هذا كله تقوم مقام الزوج بحكم المعاشرة الزوجية؛ بل يقبل الغير االتعامل معها على أساس اثنهان الزوج دون اثنائها هي ، ولذلك يعتبر اتصال المساكنة بن الزوجين من قبيل القرائن المثبتة لوجود هذه الوكالة ، ويعتبر من واجب الغير أن يعلم حمّا أن الزوجة تتصرف فى هذه الحدود بوصفها وكيلة لا أصيلة .

وقد يكون في افراغ القاعدة في هذه الصورة مايفرى بانتقادها ، فقد تكون الزوجة مسرفة أومستحقة بالمسئولية فتعقد ديوناً قد تجاوز المألوف في شأن الاتفاق ، ولكن من الواجب أن نقر ر مسئولية الزوج بصفة أصلية بإعتباره الأصيل إذ من المفروض أن قيام رابطة الزوجية بجعل على الزوج النزاما بالانفاق ويجعل للغير الذي قدم نفقة أن برجع على الزوج ، وما على الزوج إن راد نتى هذه الوكالة الضرورية أو المنزلية إلا أن يتخذ من الاجراءات ما يحول دون اطمئنان الغير الى قيامها ، كأن يبلغ المحال الى تقوم بالتوريد الحد الذي ينبغى أن تقف عنده أو يمنعها من تلتى الطابات إلا منه هو ، وهكذا .

ويبن مما تقدم أن انفصال الإدارة وإن كان دستوراً مقرراً محكم القانون ، إلا أنه في حكم الواقع أمر غير قائم في حميع الحالات . ولهذا تثار مسألة المحاسبة بن الزوجين ولا سيا عندماً يكون الزوج وكيلا عن الزوجة فهل يلزم الزوج في هذه الحالة أن يقدم حسابا عن إدارة أموال الزوجة .

نصت المادة و ٧٠ على أن على الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عا وصل إليه فى أمر تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عها ، وهذا النص يشر في خصوص تطبيقه على حالة وكالة الزوج مسألة دقيقة ، فهل مجوز الموكل أن يعنى وكيله من تقديم الحساب ولاسيا اذا وجدت رابطة نسب أورحم بين الموكل ووكيله ؟ أم هل يعتبر الالترام بتقديم الحساب متعلقا بالنظام العام ؟ الجواب أن هذا الالترام لا يتعلق بالنظام العام ولذلك مجوز للموكل أن يعنى وكيله من تقديم الحساب ، ويستفاد هذا الاعفاء من سكوت الموكل عن المطالبة بتقديم الحساب ، إذ تعتبر هناك قرينة إما على المام الموكل بالحساب واقراره له وإما على إراء الموكل لوكيله نما ترتب فى ذمته بسبب الوكالة . وقد قضت الحاكم العراصة الموكل من تقديم الحساب اذا انضح المحالم الموكل المناء من إعفاء الوكيل من تقديم الحساب اذا انضح الموكل قد أعفاه من ذلك فعلا بسبب قيام رابطة كرابطة القرابة تجمل

هذا الاعفاء سائفاً مقبولا . ولا مانع من أن يكون التوكيل مع الاعفاء من تقدم الحساب صورة من صور الهبات المسترة التي يقرر القانون صحبها مي كان الشكل سائرا لها ، ولهذا يكون اتصال سكوت الزوجة عن مطالبة الزوج بالحساب لمدة طويلة قرينة على اتفاق صحى مؤداه الاعفاء من تقدم الحساب . على أن ذلك لايني صدور توكيل دقيق من الزوجة للزوج واشتراط تقديم الزوج حسابا عن إدارته في التوكيل ، وفي مثل هذه الحالة تسقط دلالة القرينه التي تقدم ذكرها.

(ثالثاً) حق التصرف: قد يعرض للبيان في شأن التصرف أن حميع النتائج المترتبة على انفصال الملكية لا بد أن تؤدى الى استقلال كل من الزوجين بالتصرف في ماله ، ومامن شك في أن هذا هو المبدأ المقرر في الشريعة الاسلامية وهو المبدأ الواجب التطبيق في مذهب الحنفية ، الا أن قيام الحياة الزوجية بن الزوجن قد يقتضي احيانا ادخال بعض التعديل على المبدأ العام ، اذ من الواضح أن الاستقلال بالتصرف قد يؤدى الى فتور العلاقات بن الزوجين ولا سما اذا كان التصرف من قبيل التبرعات أوكان التصرف صادراً من الزوَّجة ، ولهذا اتجهت بعض آراء فقهاء المسلمين من المالكية الى ضرورة حصول الزوجة على اذن زوجها عند التصرفُ في العقار ؛ والظاهر أن مرجع هذا الحكم هو عرف البيئة ، ولكن مثل هذا الرأى لايستند الى اساس في القانون ، ومن الصعب أن عد من حرية التصرف الأعلى أساس نص واضع أو عرف ترتفع به البيئة الآجيَّاعية الَّى مَنزلة القواعد اللَّـزمة ، ولا يوجد في الوقت الحاضر نص بحول دون حرية تصرف الزوج في ماله أُو حَرِية تَصَرُفُ الزوجة في مالها ، ولا يوجد أيضاً عرف محول دون ذلك ، ولو أن تجربة الحياة العملية تتكشف عن اشكالات كثيرة تقوض السلام الغائلي ، وترجع في حملتها الى استعال حرية التصرف استعالاً لا نرجع فيهُ الى رأى الزوج الآخر ، ولهذا ينبغي أن تكون حرية التصرف تحلا لتأمل طويل وينبغي أن تعالج علاجا تشريعيا يقضي على مصدر الشكوى من الوضع القائم .

نظام الدوطه

تلك هي القواعد العامة التي تسرى على المصريين حميعاً مسلمين كانوا أم غير مسلمين ، ولكن بعض الطوائف غير الاسلامية أخذت بنظام معين هو نظام الدوطه ومرجع هذا النظام هو قواعد العرف ، والدوطه أو البائثة وفقا لهذا العرف هي مال تقدمه الزوجة الزوج على أن عبس للاتفاق منه على شئون الزوجية ، الا أن الدوطة أو البائثة ، وان كان مرجعها العرف فهي لا تقدم الا في العائلات الموفورة اليسار ، ولاننشأ الا باتفاق خاص . وقد اختلف الرأى في تكييف الدوطة : فذهبت أحكام الى أن الدوطة هبة من الزوجة الى الزوج ، ثم تطور الأمر في القضاء ولكن مع الابقاء دائما على معى الهبة وقيل أن الدوطة تعتبر هبة مشروطة بدوام رابطة الزوجية ، فاذا انحلت الرابطة عادت البائنة أو الدوطة ، ولكن الواقع أن البائنة لا تقدم المنوج على سبيل التبرع في البائنة أو الدوطة ، ولكن الواقع أن البائنة لا تقدم ولكن بالنسبة الى الزوج تعتبر البائنة أحيانا مقابلا ملهوظا في عقد الزواج نقدم بيان ذلك عند الكلام عن نظام البائنة في فرنسا ، اذ اعتبرت البائنة معاوضة من وجه .

ومن الواجب أن نقرر أن مرجع الغموض فى نظام البائنة هو الاحتكام فى شأمها الى العرف ، وهذا العرف نفسه غير مستقر، ثم أنه يتعارض احيانا مع قواعد القانون المدنى ، ولو أريد إرساء نظام البائنة على اساس واضحة لوجب أن يقام على المبادىء الآتية :

(أولا) اعتبار الزوجة مالكة البائنة مع اقتران الملكية بشرط اتفاقى هو عدم جواز النصرف فيها مابقيت الزوجية قائمة . ولا يعتبر العقار غير قابل للتصرف الا اذا سجل عقد انشاء البائنة . ولا مطعن على شرط المنع من التصرف فى هذه الحالة لأنه يتوخى غرضا مشروعا هو المعاونة على الانفاق على شئون الزوجية والمعاونة على اتصال الحياة بين الزوجين يسبب توفير المهارد دالمالة لهما .

(ثانياً) اذا كانت البائنة مبلغا من النقود فنى هذه الحالة لا ممكن أن تعتبر البائنة محققة لأغراضها الا اذا انتقلت ملكيتها الى الزوج ، وقد ينظر فى هذه الحالة الى البائنة بوصفها نوعا من أنواع الوديعة الناقصة ، وبذلك يلزم الزوج . رد البائنة اذا انحل رباط الزوجية ، ويكون حق الزوجة فى المطالبة مبليا

غلى فكرة الوديعة الناقصة ، وبديهى أن الزوج لا يسأل جنائيا عند النخلف عن ردهذه الوديعة اذ المدين فى الوديعة الناقصة نحول حق الاستهلاك ولايسأل عن ردالشي، بعينه بل ج.د مثله .

(ثالثاً) يكون للدائنين السابقة ديونهم على انشاء الدوطة أن يباشروا حقهم على هذا العقار اذا كانت ديونهم ثابتة التاريخ رغم وجود شرط عدم التصرف .

(رأبعاً) ينبغى أن يباح الزوجين دائمًا العدول عن شرط عدم التصرف في البائنة باتفاقهما، وينبغي أن رخص القضاء في تعديل هذا الشرط فيها إذا اقتضب المصلحة الزوجية ذلك.

وحاصل ما تقدم أن نظام الدوطة عند الطوائف غير الاسلامية يعتبر غير د نظام اتفاق محت و تخضع لاحكام القانون المدنى، ولا يتحكم فيه العرف الاحيث لا يوجد نص فى القانون ويعتبر هذا النظام نافذا بقدر تمشيه مع أحكام القان المدنى بوصفه اتفاقا عاديا لا بوصفه نظاما قانونيا لأموال الزوجية .

الباب الثأني

ف تطبيق نظم أموال الزوجية في مصر على أساس قواعد الاسناد المصربة

يوجد في مصر جاليات اجنية متعددة ، وهذه الجاليات مها ما يتبع نظما قانونية لأموال الزوجية ؛ وتوجد جاليات أخرى لا تعرف نظما لأموال الزوجية ؛ ويلاحظ أن القانون المدنى الجديد تكفل في المادة ١٣ بالنص على أنه يسرى قانون الدولة التي يتمى الها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عند الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة الممال ، وقد أشرنا من قبل الى الحلاف المتعلق ما يكتنف هذا النص من شك ، ولكن الواقع أن المسألة تتعلق بشكل اتفاقات أو مشارطات أموال الزوجية أولا أن هناك مسألة تتعلق بشكل انفاقات أو مشارطات أموال الزوجية بالأر مشارطات أموال الزوجية بالأر مشارطات أموال الزوجية النظام مشألة النظام القانوني الذي يتبع عند عدم وجود مشارطة أموال زوجية .

(1) مشارطات أموال الزوجية من حيث التكوين (الشكل والاركان): تناولت المادة ١٢ من القانون المدنى الشروط الموضوعية لصحة الزواج فقضت بأن برجع فيها الى قانون كل من الزوجين والمقصود بالشروط الموضوعية لعقد الزواج الشروط اللازمة الانعقاد العقد فى ذاته الالمشارطات أموال الزوجية ، ولم تعرض المادة ١٣ الالكاثار التى برتها عقد الزواج بالنسية الى المال ، ولكها لم تتناول مشارطات أموال الزوجية ، فهل فى الوسع أن تطبق فى شأن مشارطات أموال الزوجية أحكام المادة ١٦ التى يوجد فيها الموطن على أنه يسرى على الالترامات التعاقدية قانون اللولة التى يوجد فيها الموطن المناسرك قانون اللولة التى تم المشاروب أن قانون المولة التى م وتضيف الفقرة الثانية من هذه المادة استثناء مؤداه أن قانون موقع المقار هو الذى يسرى على المقود التى تبرم فى شأن هذا العقار.

ولو اخضّعت مشارطات أموال الرّوجية لهذا النص لأدى ذلك أولا الى تطبيق قواعد القانون المصرى حيث تتناول مشارطة أموال الزوجين عقارات في مصر لا يوجد فيها قواعد متعلقة بالنظام المالي بن الزوجين اللهم الانظام الانفصال الكامل ، ويستدل من هذه النتيجة على أن من المحقق أن تفسر أ كهذا يتعارض مع نص المادة ١٣ التي توجب اخضاع الآثار المالية للزواج حميمًا لقانون الزوَّج وقت انعقاد الزواج ، فقد يبدو غريبًا أن تحضع آثار مشارطة أموال الزوجين لقانون وتخضع أركامها لقانون آخر ، ولذلك ينبغي أن يستدل من المادة ١٣ على أن نية المشروع قد انصرفت من طريق ضمني الى الاشارة من طرف خ الى وجوب اخضاع تكوين مشارطات أموال الزوجية لقانون جنسية الزوج ، وهذا التفسير يتمشى مع التطور التاريخي لقواعد القانون المصرى فقد كانت المنازعات المتعلقة بنظام أموال الزوجية من اختصاص جهات الأحوال الشخصية للأجانب أي القنصليات ، وكانت تحضع لقانون جنسية الزوجين المتحدى الحنسية ، كما أن قضاء المحاكم المختلطة استقرُّ على ذلك ، بل ونص نظام القضاء على اعتبار النظام المالى بين الزوجين من مسائل الأحوال الشخصية ، كما أن مصر التزمت في تصريح ملحق معاهدة مونترو بأن تتبع في المستقبل قاعدة شخصية القوانين فيها يتعلق بالأحوال الشخصية .

ونخلص من كل ذلك أن اعتبار الآثار المالية المرتبة على الزواج داخلة فى نطأق الأحوال الشخصبة يستتبع أيضا ادخال مشارطات أموال الزوجية فى هذا النطأق ، وبمكن من طريق قياس المماثلة أن يقال أن انعقاد هذه المشارطات يخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج .

ويين من ذلك أنه بجب أن برجع الى قانون الجنسبة (جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج) فى تكوين مشارطة أموال الزوجية من حيث الاركان الموضوعية وشرائط الصحة المنصلة بالشكل الداخلى ، فاذا كان القانون الاجنى يشرط الرسمية لانعقاد المشارطة وجب أن تفرغ فى الشكل الرسمى وكذلك الشأن فى حميع شروط الصحة الأخرى .

ُ أما الشكل الخارجي فتسرى فى شأنه القاعدة العامة و هى قاعدة خضوع هذا الشكل لقانون محل الانعقاد . الا أن مشارطات أموال الزوجية يشرط فها كما تقدم أن تشهر ، وفي هذه الحالة تعرض مسألة دقيقة، فهل يعتبر هذا الشهر اجراء الازما المنفاذ أم أنه يعتبر هذا الشهر اجراء من اجراءات التوثيق أم أنه يعتبر اجراء موضوعيا ؟ وتبدو أهمية هذه المسألة بالنسبة الى مصر حيث لاتوجد سجلات خاصة بشهر مشارطات أموال الزوجية اذا استثنى التجار الأجانب. وأكبر الظن أن الشهر في هذه الحالة يعتبر وفقا للتكييف المصرى اجراء من اجراءات الشكل الداخلة في ولاية الموثين ، ولمذا يكون للاجنبي الذي لايستطيع شهر نظام أموال زوجته أن بلجأ اما الى قنصله واما الى موطنه هو يستكل فيه تلك الاجراءات.

 (ب) آثار المشارطات: أما آثار مشارطات أموال الزوجية، فيجب أن يرجع فيها الى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، ويفرق في هذه الآثار بين أمرين:

أو لهما : ما منصل عمركز الأموال من حيث ترتيب الحقوق المينية وتكييف هذه الحقوق ، فني هذه الحدود تطبق المادة ١٨ مدني مصرى ويسرى على أساس التطبيق القانون المصرى وحده ، وعلى ذلك لا مجوز أن ترتب المشارطة حقا عينيا لا يعرفه القانون المصرى كحق الملكية المشتركة بين الزوجين مثلا أو الرهن العام . ولا يجوز أن ترتب حق عيني من الحقوق الا اذا اتبع في شأن ترتيبه الاجراءات في القانون المصرى كاجراءات الشهر المقارى مثلا، وكلما امتنع ترتيب حق عيني يقرره نظام الأموال بين الزوجين المقارى مثلا، وكلما امتنع ترتيب حق عيني يقرره نظام الأموال بين الزوجين الزوجين في مصر، بل ولا في علاقات الزوجين احدهما بالآخر بدين شخصي يعادل في قيمته ماكان يفيئه عليه حقه العيني ، فان كان مثلا لأحد الزوجين عني في أموال الزوجية على اساس الاشتراك فيثل هذا الحق ينقلب الى حق شخصى، فتكون للزوجة مثلا أن تطالب الزوج بدين يعادل نصيبها للأموال المشتركة .

وغى عن البيان أن مثل هذا الوضع مجعل نظام أموال الزوجية بالنسبة الى الحقوق العينية مجرد قيمة اتفاقية كلما امتنع ترتيب الحق العبيى المقرر في الأموال المشتركة .

(تانيا) أما فيا يتعلق بالآثار الأخرى لنظام أموال الزوجية كمسئولية الزوج عن ديون الزوجة أو العكس فالأصل أن يسرى في شأنها قانون جنسية الزوج ، الا أن يتمارض هذا القانون مع قواعد النظام العام في مصر ، وما يتصل بالنظام العام في مصر حماية الاثنهان العام ، ولهذا يحد من تطبيق القانون الأجنبي كلما تعارض هذا القانون مع اعتبار أموال المدن جيعها ضامنة لجميع ديونه .

(ج) النظام القانوني المبنى على الرضا الضمنى في رأى البمض أو النظام
 ذو الولاية العامة في رأى البعض الآخر :

هذا النظام هو الذي عناه واضع القانون المدنى المصرى عندما تحدث عن الآثار المالية للزواج لأن النظام ذا الولاية العامة هوالذي يعلبق على الزوجية لتلقائياً مجرد انعقاد الزواج ماداما لم ختارا نظاما آخر . ولعل في وضوح علمه الحقيقة مايؤيد القياس الذي قلمناه من قبل في شأن وجوب اخضاع مشارطات أموال الزوجية ذابا للقانون الذي ينهي إليه الزوج وقت انعقاد الزواج ؛ فالمستفاد من أحكام المادة ١٣ من قانون نظام القضاء أنها لم تكيف بوصفه تعاقدا على المال مخضع لقانون المشيئة ، ولم تكيفه بوصفه تعاقدا على المال مخضع لقانون موقع المال بل كيفته بوصفه مسألة من مسائل الأحوال الشخصية . ولم كان هذا النظام القانوني هو بديل النظام الناشيء عن مشاوطة أموال الزوجية فينبغي أن يكون البديل والمبدل على حد سواء من حيث المعاملة ضماناً لتناسق الحلول .

المراجع

Plantel — Ripert et M. Nast: Traité Pratique de Droit Civil Français, t. VIII (1925) et t. IX, (1927).

Bandry-Lacantinerle — Le Courtois et F. Surville : Traité théorique et pratique de droit civil, t. III, du contrat de mariage, 3e éd. 1906.

R. Beudant et R. Lenoan : Cours de droit civil français, t. X, Le contrat de mariage et les régemes matrimoniaux, 1937.

Rossel (André): Code civil suisse et Code Fédéral des abbigations.

ـ مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان المرحوم قدرى باشا.

دائرة فحص الطعون بمحكمة النقض*

عرض وتحلیل وتقد للدکتور عبدالوهاب العشماوی الحامی

السكرتير الأول الشئون القانونية بوزارة الخارجية سابقاً

١ تعلور التشريع المصرى الى انشاء دائرة فحص الطعون:

برغم حداثة عهد قواعد المرافعات المصرية بنظام الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة فى المسائل المدنية ، الا أن هذا النظام الذى أنشأ فى سنة ١٩٣١ كان محلا لتعديلات تشريعية بتناولت أحكامه الجوهرية وخاصة فى السنوات الأخيرة(١).

ذلك أن النظام القضائى المصرى لم يكن يعرف طريق الطعن بالنقض فى الأحكام المدنية والتجارية حتى صدر المرسوم بقانون رقم ٦٨ المؤرخ ٢ مايوسنة ١٩٣١ بانشاء محكمة النقض(٢) ، اذ بصدور هذا القانون وجد

⁽۱) ونقصد بهذه التعديلات التشريعية ما أدخل على قانونى المرافعات ونظام القضاء اللذين صدرا في سنة ١٩٤٩ . أما المرسوم بقانون رتم ١٨ الصادر في سنة ١٩٣١ . والحاص بإنشاء عكمة التقضى فقد كان محملا تصديل بالالفاء بالنسبة لبمض مواده فقد نصت المادة الأولى من مواد إصدار قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ على إلغاء المواد من ١٩ الى ٣٤ من المرسوم بقانون سالف الذكر وألخاص بإنشاء محكمة التقضى والابرام ، اذحات محلها المواد من ١٩٥ ـ ١٩٤٩ من قانون المرافعات .

 ⁽٦) أما النقض الجنائل فقد كان قائمًا يومها ، اذ عرف النظام القضائل المصرى من قبل
 يوم استطاب المشرع إدخال النظم القضائية الفرنسية في مصر. ونحن لا تتصرض لنظام النقض

نظام النقض في الأحكام المدنية والتجارية في النظام القضائي المصرى واختصت عكمة النقض بنظر الطعون التي تقدم اليها عن تلك الأحكام . واقتضى امجاد نظام النقض يومئذ ادخال بعض التعديلات في قانون المرافعات ولأمحة اجراءات المحاكم ولائحة المحاماة بما يتلائم مع النظام الجديد . وقد بقى هذا المرسوم بقانون قائمًا باكمله حتى صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء والقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص باصدار قانون المرافعات ، فتضمن أولمها الكلام عن ترتيب محكمة النقض وتشكيلها وتكلم الثانى عن اجراءات الطعن بالنقض في الأحكام المدنية والتجارية وحالاته . فقد كانت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ بانشاء محكمة النقض تنص على أن توالف محكمة النقض من دائرتين أحدهما تنظر المواد المدنية والأخرى لنظر المواد الجنائية ، وعلى أن تصَّدر الأحكام من خسة مستشارين (١) ، وذلك أخذا بالمبدأ الذي يقضى بأن يكون قضاة الجهة القضائية الأعلى أكثر عددا من الجهة التي تسبقها ، وقالت المذكرة الايضاحية في ذلك أنه قد رؤى الاكتفاء لهذا العدد اذ أن أحكام محاكم الاستثناف تصدر من ثلاثة فقط (٣) . ثم لما صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الحاص بنظام القضاء أبقت المادة الثانية منه على التشكيل الخماسي لدوائر المحكمة ، ولكنها نصت على أن يكون بالمحكمة دائرة لنظر المواد الجنائية ودائرتان لنظر المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية ، وأنه اذا رأت احدى الدواثر العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة أحالت الدعوى الى دوائر المحكمة عِتمعة لتفصل فها .

اجنائى فى هذا البحث اذ أن المشرع قد قصر إعتصاص دائرة قحص الطمون بمحكمة النقض على الطمون المدنية و التجارية وفى مسائل الأحوال الشخصية دون الطمون الجنائية التي تعرض رأساً على الدائرة الجنائية الخماسية دون وساطة دائرة قحص الطمون .

 ⁽١) حلت محل هذا النص المادة ٢ من القافون رتم ١٤٧ منة ١٩٤٩ الحاص بنظام القضاء
 وسوف فعرض لتقصيل أحكامها بعد تعديلها في القسم الثالث من أقسام هذا البحث .

 ⁽۲) أنظر المذكرة الإيضاحية المرسوم بقائون رقم ٦٨ سنة ١٩٣١ ص ١٧ و ١٨٨ وقد أوردها المرحوم الأستاذ حامد فهمي في مؤلفه النقض في المواد المدنية والتجارية سائف الاشارة إليه ص ٩٩

وقد دعا الى ادخال هذا التعديل. ــ من حيث زيادة عدد الدوائر ــ مواجهة ما أتى به قانون المرافعات الجديد ـ غداة صدوره ـ من توسعة في عجال الطعن بطريق النقض . ذلك أن المادة ٢٥٥ مرافعات ... قبل تعديلها ... كانت تجز الطعن في الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بصفة انتهائية أو في استثناف أحكام المحاكم الجزئية ، بعد أن كأن الطعن بالنقض قاصرا على الأحكام الصادرة من محاكم الاستثناف وبعض حالات فردية من الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بصفة استثنافية . وقد كان هذا التوسع مما اشهاه واضعو قانون سنة ١٩٣١ ولكنهم أمسكوا عنه ريبًا تثبت المحكمة الناشئة اقدامها حتى لا يؤودها العبء الجسم في أول عهدها . وقالت المذكرة التفسرية لقانون المرافعات في تبرير هَذَا التوسع بعد الاشارة الى ما تقدم أنه و الآن وقد اضطلعت المحكمة بمهمتها على أحسن وجه وأخرجت في مختلف الأقضية أحكاما لايبلغها الحصر جليلة القدر تشهد بسعة العلم ودقة الملاحظة وسلامة التقدير وسداد الرأى ، فانه لم يعد ثمة مجال للتضييق في طريق الطعن أمام محكمة النقض ذلك التضييق الذى قالت عنه المذكرة الابضاحية لقانون سنة ١٩٣١ أن فيه شيئا من المضار من حيث توحيد القضاء بالمحاكم لكنه مما تدعوا إليه الضرورة في البداية حتى تتمكن المحكمة الجديدة من السير في طريقها قبل أن تتوسع في أحكامها ، (١).

وقد لأقى هذا التوسع اعتراضا من محكة النقض ذائبا فى مناقشها لمشروع القانون الجديد قبل صدوره عند عرضه للاستفتاء وبذلت جهودا كثيرة فى سبيل ابقاء الأحكام التي يجوز الطمن فها بطريق النقض فى الحدود الضيّقة التي وضعت عند انشأء المحكمة (٢٢) وبني الاعتراض قاتما

 ⁽١) أنظر المذكرة التفسيرية لمشروع قانون المرافسات الجديد والتي وضميها اللجئة المشكلة بوزارة المدل لوضع هذا المشروع .

⁽٧) بدأ هذا الاعتراض وتلك الجهود في صورة جدية عند ما عرض مشروع القانون الجديد على لحنة المرافعات بمجلس الشيوخ ، اذ تقدت إليها المحكة - كما تقدم غيرها من الهيئات والأفراد - بملاحظاتها على المشروع وكان أهمها إصراضها على فتح باب الطعن أمام محكة التقض في الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية ، ولكن اللجنة ثم تستجب لحذا الاعتراض وأبقت المشروع كما قدم إليها من الحكومة .

رغم أن قانون نظام القضاء كما أسلفناه قد جعل لمحكمة القضى دائر تأن لحراجهة أثر التوسع في الأحكام التي بجوز طلب نقضها . الا أن محكمة النقض – متمسكة باعتراضها – قد بقيت تعمل بدائرة مدنية واحدة برغم هذا النص الجديد وبرغم ضرورة مواجهة هذه التوسعة التي أرادها لها الشارع ، اذ لم تشكل الدائرة الثانية على الاطلاق حتى الغاها التشريع أعرا على نحو ما سيأتي.

ولقد بقيت محكة النقض على اصرارها في السبر بدائرة واحدة حتى اذا عرضت الفرصة عدل التشريع على أساس التضييق الذى رؤى عند انشاء محكة النقض في سنة ١٩٣١ ، فصدر المرسوم بقانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٧ بتعديل المادة ٢٥٥ من قانون المرافعات عيث جمل الطعن بطريق النقض قاصراً أساسا على الأحكام المصادرة من عاكم الاستئناف دون المحاكم الابتدائية ، وقالت المذكرة الابضاحية في تعرير العودة الى هذا التضييق أنه قد ترتب على اطلاق نص المادة ٢٥٥ وفتحها باب الطعن أمام محكة المتقض في كل تلك الأحكام ان كثرت هذه الطعون كثرة أصبحت تستدعى اعادة النظر في المرضوع ، وبناء على ذلك رؤى العودة الى النظام السابق في مثل الذي عن الأحكام ولما ظهر من أن ذلك النظام رأى القدم) قد أجاز الطعن بالنقض في أهم الأحكام وأكثرها خطرا ، وأنه بناء على ذلك قد عدلت الطعن بالنقض في أهم الأحكام وأكثرها خطرا ، وأنه بناء على ذلك قد عدلت الماسعة من المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ (١).

والغريب أن محكمة النقض ذائها كانت قد طلبت إجراء هذه التوسعة التي جاء مها القانون المحكم الجفديد ، وذلك في سنة ١٩٤١ ، يعد أن لاحظت قلة عدد الطعون التي قدمت إليها في أحكام عاكم المجزئية عالم المجزئية عالم المجزئية عن قضايا استثناف أحكام الحاكم الجزئية في مسائل وضع اليد والاختصاص المذكورة في المادة ١٠ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٣١ الخاص بإنشاء محكة النقض (أنظر عاضر لجنة وزارة العدل التي وضعت مشروع تانون المرافعات – الجلسة الثلاثين) .

⁽١) أنظر الذكرة الايضاحية للمرسوم يقانون رقم ١٣٥٤ لسنة ١٩٥٣ أوردها الأستاذ كمال أبو الحبر في موسوعت " قانون المرافعات معلقاً على نصوصه بآراء الفقهاء وأحكام المحاكم" الطبعة الثانية ص ٣٦٨ هامش رتم ١

وسهذا التعديل الذي يؤسف له ردت محكمة النقض بالنسبة للأحكام الَّى يَصْحَ الطَّعَنَ فَهَا أَمَامُهَا الى الحلود الَّيَّ وَضَعَتَ لِمَا عَنْدَ انْشَاتُهَا وَالَّيّ فها التضييق المؤقت حتى لا ترهق المحكمة بالعمل أبان انشائها. ، وعادت الأحكام الانتهائية والاستثنافية الصادرة من المحاكم الابتدائية وليس من طريق لاصلاحها أمام محكمة النقض (١) ، مع أن اختصاص هذه المحاكم قد اتسع وزادت أهميته بسبب زيادة قيمة الدعاوى واتساع اختصاص المحاكم وولايتها. وعندنا أن العلاج كان بأتى عن طريق زيادة دآثرة مدنية أو زيادة الجلسات بدلا من العصف بضمانات تكفل مصلحة الحصوم فى الوصول لاصلاح الأحكام الانهائية المعيبة . واذا قبل أن النقض في أحكام محاكم الاستثناف كفيل باستقرار المبادئ القانونية وأن الغالب أن تتبع المحاكم الابتدائية هذه المبادئ ، فان هناك خطأ في القانون لا بجدى في تجنبه توحيد القضاء واستقرار المبادئ القانونية ، ذلك هو عيب الاجراءات الذي من شأنه أن يؤدى الى بطلان الحكم ، فهذا الحطأ تقع فيه المحاكم الابتدائية سهوا أو قصدا ويبقى البطلان المترُّتب عليه قائمًا بغير مَا طريق لاصلاحه أمام محكمة النقض بسبب اغلاق باب الوصول اليها دونّ من أضر به البطلان ، ولا عنم من تكرار الخطأ والوقوع فيه استقرار القضاء على مبدأ دون آخر .

وقد كان هذا التضييق الذى جاء به المشرع بالنسبة للأحكام القابلة للطمن بطريق النقض كافيا لأن يصرف محكمة النقض عن السعى فى تعديل نظامها والمساس بالضهانات التى تحيط بنظر الطعون المقلمة اليها . الأ أن المحكمة العليا قد ظلت على شكواها من كثرة عدد الطعون التى تعرض عليها حتى دفعت بالمشرع

⁽۱) وقد ترتب على ذك - فضلا من التضييق - وضع شاذ للماية إذ أصبحت الأحكام السادرة في حدود إختصاص القاضى الجزئ النبائي تخضع لنوع من التقض يقدم السحكة الإستنائية اذا استند الى بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ، وذلك طبقاً لنص المادة ٩٦٦ من قانون المرافعات ، يبياً لم يوضع نصى عائل - لحواجهة هذا التعديل - يالنسبة للأحكام التي تصدر من الهاكم الإبتدائية في حدد نصابها البائل مادام قد ألفي طويق الطدن بالتقض في هذه الأحكام ، مع أن اتساق الأحكام كان يقتضي وضع نصى بهذا المنى . وقد تدارك المشرع هذا التعمل أعبراً فأصدر القانون رقم ١٩٧٧ منة ١٩٥٦ معدلاً نصل المادت 19٨٦ منافعاً المن الماكم . المنافع على المادن الماكم المنافعة الذكر تحيث أصبح حكها شاملاً للأحكام السادرة التهائياً من الهاكم . الجزئية أو من الهاكم ومنافعاً المنافعة الذكر تحيث أصبح حكها شاملاً للأحكام السادرة التهائياً من الهاكم . الجزئية أو من الهاكم ومنافعة المنافعة الذكر تحيث أصبح حكها شاملاً للأحكام السادرة التهائياً من الهاكم

الى تعديل نظام المحكمة باضافة خطوة جديدة تسبق نظر الطعن ممعرفة الدائرة الحماسية اذ أوجد دائرة ثلاثية لفحص الطعون ينبغي أن تعرض عليها كافة الطعون المدنية وما اليها فما قبلته مها احالته الى الدائرة الحماسية . وقد تضمنت هذا التعديل نصوص القانون رقم ٤٠١ للسنة ١٩٥٥ التي عدلت المادة الثانية من قانون نظام القضاء الحاصة بتشكيل المحكمة وبيان دوائرها فأصبح نصها كالآتى :

و يكون مقر محكمة النقض مدينة القاهرة .

وتؤلف من رئيس ووكيلين وعدد كاف من المستشارين وتكون بها دائرة لنظر المواد الجنائية ودائرة لنظر المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية ، ودائرة أو أكثر لفحص الطعون فى المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية برأسها رئيس المحكمة أو أحد الوكيلين .

وتصدر الأحكام من دائرة المواد الجنائية ومن دائرة المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية من خسة مستشارين .

وتصدر الأحكام والقرارات من دائرة فحص الطعون من ثلاثة مستشارين تنتخب الجمعية العمومية المحكمة عضوبها من بين المستشارين الذين أمضوا بها سنتين على الأقل .

واذا رأت احدى الدوائر العدول عن مبدأ قانونى قررته أحكام سابقة أحالت الدعوى الى دوائر المحكمة مجتمعة الفصل فها a .

كذلك عدلت أحكام القانون سالف الذكر المواد ٤٢٧ و ٤٣٩ و ٤٣١ و ٤٣٧ و ٨٨٨ فقرة أخبرة و ٨٨٨ من قانون المرافعات ، وذلك على نحو ما سيأتي شرحه تفصيلا في هذا البحث .

وقد كانت هذه الحطوة – كما هو واضح من صريح عبارة المذكرة الايضاحية – استجابة جديدة من المشرع لشكوى محكمة النقض من تزايد عدد الطمون أمامها وعدم قدرتها على الفصل فها على نحو مرض ، ولم يكن القصاء القصد مها من غير شك ادخال نظام يرى المشرع فيه فائدة تعود على القضاء من حيث الوصول به الى الغاية المتشودة من رعاية مصلحة الحصوم وتأكيد سيادة المدالة وحسن الفصل في المتازعات .

وقد رأينا أن المشرع حند ما أوجد نظام التقض في المسائل المدنية في النظام المصرى في سنة 1971 قد استغيى عن اقتباس بنظام دائرة العرائها الموجودة في النظام الفرنسي . والظاهر أن المشرع قد لاحظ أنه لايوجد مثلها في غير فرنسا من البلاد أو استجاب لما وجه من نقد الى هذا النظام (١) . ذلك النقد الذي انهي الى الفاء تلك الدائرة في بلادها كما سنين ، فلم يم المشرع المصرى محلا لايجاد هذه الدائرة عند وضعه قانون المراقعات الجديد أن استفاض الاعبر اض علها ، وانهي الأمر بالغائبا في سنة ١٩٤٧ أي من قبل أن يصدر قانون المراقعات المصرى الجديد . وقد كان تصرف أي من قبل أن يصدر قانون المراقعات المصرى الجديد . وقد كان تصرف المدى أوجده وبعد أن عزف عنه التشريع الفرنسي المدي أوجده وبعد أن عزف عنه التشريع الفرنسي لذلك كان غربيا وملفتا النظر وداعيا الى الممن التجاء التشريع المصرى أخيرا الى الأخذ بهذا النظام الذي زهد فيه واضعوه وعدل عنه مقتبسوه ، وكان من الحق علينا أن نتلمس وجه الضرورة التي الجأت المشرع المصرى الى الجاده من الحق علينا أن نتلمس وجه الضرورة التي الجأت المشرع المصرى الى الجاده من طول امتناع وأن نبحث القائدة المحققة التي يرجى أن يستفيدها نظام التغض من هذا الوضع الجديد .

على انناقبل أن نشرع في تناول أحكام القانون رقم ٤٠١ فسنة ١٩٥٥ الذي أوجد دائرة فحص الطعون ، نرى من الفائدة أن نعرض لهذه الدائرة في القانون القرنسي (٢) لنقف على كيفية نشأتها وما تعرضت له من حملات وما ظفرت به من تأييد لم يستطع أن يسندها وما انتهى اليه أمرها من الغاء

⁽١) أنظر مؤلف المرحوم الأستاذ حامد فهمى "التقض في المواد المدنية " سالف الإشارة إليه بند ٣٨ ص ٥٠ . وانظر كفك محضر الجلسة الثلاثين من جلسات لجنة وزارة العدل التي وضمت مشروع قانون المرافعات . وهذه المحاضر وإن كانت لم تنشر بعد إلا أنها مجمعة بوزارة العدل إلى أن يتم إعدادها النشر .

⁽٧) ولأن "ميت هذه الدائرة في التشريع الفرنسي باسم دائرة العرائض أو الطلبات إلا أنها في حقيقتها وجوهرها – كا سيتهين – لا تكاد تختلف عن دائرة فسمس الطمون ، التي أنشأها المشرع المصرى ، إلا في قليل من النفصيلات التي لا تغير من جوهر النظام وحقيقته . وقد أدرك المشرى هذا المماثل بين الدائرتين فحاول في المذكرة الإيضاحية الفانون رقم ١٠٠١ للدي أنشأ هذه الدائرة أن يبين كيف تحاشي أوجه النقس ووجوه النقد في النظام الشيه به والذي كان قائماً في فرنسا .

وما دعا المشرع الفرنسى الى الاقدام على هذه الخطوة . فعلى ضوء ذلك وعلى هدى منه نستطيع أن نقدر مبلغ الخير فى الخطوة التى أقدم عليها المشرع المصرى بانشاء هذه الدائرة فى نظام النقض المدنى المصرى .

٧ ... دائرة المرائض في فرنسا: قيامها والفاؤها:

كانت هذه الدائرة التي أحياها المشرع المصرى أخيرا وأسماها دائرة فحص الطعون قائمة في النظام القضائي الفرنسي حتى ٢٣ يوليو سنة ١٩٤٧، وكانت تعرف باسم دائرة العرائض أو الطلبات Chambre des Requêtes حتى ألغاها القانون الصادر في هذا التاريخ عجبة أنها تعطل العمل عن طريق عرض الطعن المرجع قبوله على درجتن ، وأوجد المشرع الفرنسي بديلا منها نظام تعدد الدوائر المدنية لتواجه ترايد الطعون المعروضة على المحكمة ، كما أوجد نظام الدوائر المجتمعة ليعالج وليحتاط الى ما قد يترتب على تعدد الدوائر من تناقض في المبادئ التي تقرها مختلف الدوائر المدنية (١).

ولم يوجد المشرع الفرنسي دائرة العرائض غداة انشائه نظام النقض في التشريع الفرنسي ، وانما انشئت هذه الدائرة مقتضى المرسوم الصادر في ٢ برومير سنة ٤ من سني الثورة الذي أحلها محل مكتب العرائض الذي كان قائما في ذلك الحين (٢) . وكان أول تحديد واضح لاختصاص هذه الدائرة هو ما نصت عليه المادة ٢٠ من القانون الصادر في ٢٧ فنتوز سنة ٨ من سني الثورة ، فقد قضت بأن تكون دائرة العرائض احدى دوائر عكمة النقض و جعلت لها الاختصاص الهائي برفض الطعن أو قبولهو احالته الدائرة المدنية (٢).

وقد دفع المشرع الفرنسي الى انشاء هذه الدائرة عاملان : أولها اتاحة الفرصة أمام الدائرة المدنية للتفرغ لنظر الطعون الجدية دون أن يشغلها

⁽١) موريل في المرافعات سالف الإشارة إليه بند ١٠٨ ص ١١٠ و ١١١

⁽۲) موريل – المرجع السابق – وجارسوئيه وسيزار برو سالف الإشارة إليه ج ١ بند ١٠١ ص. ١٦٨

⁽٣) جلا سون وتيسيه سالف الإشارة إليه ج ١ ص ٢٦١ بند ١٠٩

أو يضيع من وقمًا نظر طَعون ظاهر عدم جديبًا وواضع أنها ما رفعت الا بقصد اطالة أمد النزاع أو لمحرد الأمل فى الوصول الى نقض الحكم بسبب ما قد تحدثه وقائع الدعوى من تأثير على القضاة . وثانيهما الرغبة فى استقرار الأحكام واحترام حجيبًا وعدم تعريض الكثير منها للنقض لأسباب غالبًا ما تكون بعيدة الصلة بالحق ذاته من حيث ثبوته لأحد الطرفين دون الآخو(١)

على أنه ما أن وضع هذا النظام موضع التطبيق ، وبدأت هذه الدائرة عملها حتى تبن أنها قد خرجت عن الحدود الى أرادها لها الشارع وأنها قد أخلت بالغرض الذي هدف اليه من انشائها فكان أن تعرض نظام دائرة العرائض لنقد شديد وبقي بن مؤيد ومعارض حتى الغاه التشريع الفرنسي أخبرا في سنة ١٩٤٧ . وكانت حجة المؤيدين لبقاء دائرة العرائض أنها تعمل علىْ غربلة الطعون وتصفيتها فتحول بين ما يكون منها غير مقبول أو متعنن الرفض وبن الوصول الى الدائرة المدنية وتحيل ما يستحق النظر مها وماتلمس جديته الى الدائرة المدنية لتفصل فيه ، فيخفف بذلك عبء العمل على هذه الدائرة الأخبرة وتستطيع أن توجه كامل جهدها الى الفصل فى الطعون الجدية وأن تَهض تَّبعا لذلك تمهمتها على الوجه الأكل . ويضيف هؤلاء المؤيدون أنه لا ضرر على الطاعن من أن تصدر دائرة العرائض حكمها برفض طعنه أو بعدم قبوله لأنها من جهة هيئة لا يقل أعضاؤها علما وخبرة عن أعضاء الدائرة المدنية ، ولأنها من جهة أخرى لا تصدر حكمها الا بعد عث مستوف وبعد سماع أقوال الطاعن واستيفاء كل الضمانات التي تكفل له خرية الدفاع . وكذلك لا ضرر على خصمه المطعون ضده من مرور الطعن بدائرة العرائض لأنه ما دام لا يدعى للمرافعة أمامها فهو لا يتحمل من أعبائها أي حل أو أية مؤونة وأنها ان قضت برفض الطعن فقد انتهى الأمر وكسب الخصومة دون أن نخوض تحارها . ولا يرى هؤلاء المؤينون عيبا في مرور الطعون الى يقضى بَقبولها في النهاية بدائرتين تقبلها كل منهما بعد بحث وتمحيص بل يرون فيها مزية وضهانة تكفل حمايَّة الأحكام اللهائية من أنْ تمس بالنقض قبل عمُّها عمَّا مز دوجا بالغ الدقة ، ويغتفرون في سبيل تحقيق هذه الغاية مضاعفة المصاريف

⁽۱) جارسونيه وسيزار برو المرجع السابق ج 1 بند ١٠٦ ص ١٦٨ و ١٦٩ وكيش Cuche الموجز في المرافعات (١٩٤٦ جان فالسان) الطبعة الساسة ص ٩٩

لما يقابلها من سبولة الاجراءات وقلة النفقات في الصور التي تقضي فيها دائرة العرائض برفض الطعن . أما المعارضون لوجود هذه الدائرة فيقيمون معارضتهم على أساس أن هذه الدائرة ـ كما تكشف عنه العمل ـ تخرج عن مهمتها وعن الحدود التي أرادها لها الشارع ، فتدقق في محث الطعون وترفض كل طعن لا تراه ، في نظرها وعلى أساس من عثما الكامل ، واجب القبول حتى ونوكان جديا ومحتمل القبول فتخرج عن مجرد تلمس الجدية الذي هو عملها الى تلمس وجه الحكم في المسألة وهو ما لا يدخل في اختصاصها أصلا . ورأوا ... حسب ما وقعوا عليه من احصائيات ... أنها ترفض ثاثي الطعون التي تعرض علما عما أدى الى أن يكون لها قضاء ثابت في بعض المسائل القانونية مخالف قضاء الدائرة المدنية ذائها ، وعلل هؤلاء المعارضون هذه الظاهرة بأنها ترجع الى شعور قضاة دائرة العرائض بأنهم لا يقلون شأنا ولا علما ولا خبرة عن قضاة الدائرة المدنية محيث لا ينبغي أن يكون عملهم مقصورا على مجرد غربلة الطعون وتصفيتها باستبعاد ماكان منها ظاهر الرفض أو عدم القبول . ويقول جارسونيه في هذا الصدد أنه ان أمكن نظريا تصور أن يقتصر عمل القاضي في دائرة العرائض على تلمس وجه الجدية الا أنه من الصعب عليه عملا أن يقف عند هذا الحد في محثه للطعن المعروض عليه الأمر الذي انهي بدائرة العرائض عملا الى رفض الطعون على أساس ما يتبن له من عمم الكامل العميق للاسباب التي بنيت علها(١) .

وقد أعقب قيام نظام دائرة العرائض فى فرنسا وما كشف عنه العمل من عيومها أن بذلت محاولات جدية لالغائها فى سنة ١٨٣٥ و١٨٤٨ ، ١٨٨٠ وكذلك أوصت مهذا الالغاء لجنة اصلاح النظام القضائى الفرنسى التي النها الحكومة فى سنة ١٩٧٠ (١٠) ، ثم تجددت المحاولة فى سنة ١٩١٠ وسنة ١٩٧٠

⁽۱) جارسونیه وسیزار برو المرجع السابق ص ۱۷۰ وجلاسون وتیسیه المرجع السابق ص ۲۹۱ و ۲۹۲ و حامد فهمی انتقض فی المواد المدنیة سالف الإشارة إلیه ص ۵۰ وهامش رقم ۲ صفحتی ۵۰ و ۵۱ و

⁽۲) جلاسون وتیسییه المرجع السابق جـ ۱ ص ۲۹۱ هامش رقم ۱ رجارسوئیه وسیزار برو. المرجع السابق جـ ۱ ص ۱۹۹ هامش رقم ۳ البئه رقم ۱۰۲

وقدمت مشروعات قوانين في البرلمان تهدف الى هذا الالغاه (١). الا أن هذه المحاولات قد باءت كلها بالفشل ، وكان السبب في ذلك راجعا الى موقف عكمة النقض الفرنسية التي جاهدت قدر استطاعها للابقاء على هذا النظام (٢). الا أن موجة الاصلاح قد كتبت الغلبة في الهاية للممارضين لقيام هذه الدائرة فانهى الأمر بالفائها في فرنسا بالقانون الصادر في ٢٧ يوليو سنة ١٩٤٧ لأن من شأنها تعطيل العمل من طريق عرض عدد كبير من الطعون على دائرتين . واستعاض المشرع الفرنسي عن هذه الدائرة بزيادة عدد الدوائر المدنية بالمحكة وبالأخذ بنظام الدوائر المحتمعة ليتلافي ما قد يؤدى اليه التعدد من تضارب في الأحكام ، فوقق بذلك بن كفالة الفهانات للمتقاضين وعدم ارهاق الدائرة المدنية مع احتياط في الوقت ذاته لتعارض الأحكام (٢).

٣ ـــ تشكيل دائرة فحص الطعون والاجراءات المتبعة امامها:

قلنا أنه عقتضى القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ عدل المشرع المصرى مظام عكمة النقض والاجراءات الى تنبع أمامها عند نظر الطعون المقدمة اليها في الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية . ومهدف جوهر هذا التعديل الى انشاء دائرة أو أكثر لفحص هذه الطعون قبل عرضها على الدائرة الحماسية فلا يعرض على هذه الدائرة المخماسية فلا يعرض على هذه الدائرة المخماسية فلا يعرض على هذه الدائرة المخماسية والاجراءات التي تتبع أمامها ، فقد تناول المداد المناتبة من قانون نظام القضاء ، كما تناول المواد ٢٧٩ و ٢٩٩

⁽١) جلاسون وتيسييه المرجع السابق ص ٢٩١ هامش رقم ١

⁽٧) وقد حدث في سنة ١٨٣٤ أن طلبت الحكومة إلى عمكمة التنفى الفرنسية إبداء الرأى في مشروع قانون لإسلاح النظام الفضائي كان يتضمن إلغاء دائرة العرائض. إلا أن المحكمة رأت بإجاع آراء أعضائها ضرورة الإبقاء على هذه الدائرة (أنظر جارسوفيه وسيزار برو المرجع السابق بـ ١ ص ١٦٩) .

 ⁽٣) أنظر نصوص بهذا القانون كاملة في مجموعة قانون المرافعات الفرنسي (مجموعات دالوز) سنة ١٩٥٧ ص ١٩٥٧ رمايمدها .

أخيرة أما بالنسبة المواد الأخرى فقد استبدل بنصوصها القديمة نصوصا جديدة . كما أضاف التمديل مادة جديدة هى المادة ٢٣ مكررة . وعالجت المادة ٥ من التعديل الوضع بالنسبة للطعون القائمة قبل تاريخ العمل جذا القانون والتي عن فيها مستشار مقرر أولم يعن . ثم عالجت المادة ٦ موضوع الرسوم المستحقة على طلبات وقف التنفيذ . وأخيرا نصت المادة ٨ على أن يعمل جذا التعديل من تاريخ نشره في الجويدة الرسمية وقد نشر في عدد خاص بتاريخ ٢٠ أغسطس سنة ١٩٥٥ وأصبح بذلك سارى المفعول من هذا التاريخ

ويمكن بيان فحوى التعديل فيما يلي :

(أولا) ما ورد على المادة ٢ من قانون نظام القضاء من تعديل: تناول التعديل الفقرة الثانية والجنائية التعديل الفقرة أو أكثر لفحص الطعون في المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية برأسها رئيس المحكمة أو أحد الوكيلين . وأضاف التعديل فقرة جديدة تنص على أن تصدر الأحكام والقرارات من دائرة فحص الطعون من ثلاثة مستشارين تنتخب الجمعية العمومية للمحكمة عضويها من بين المستشارين الذين أمضوا بها سنتين على الأقل . وقالت المذكرة الايضاحية في ذلك أن المشرع قد قصد بإشراط مضى هذه المدة وبجعل الرئاسة للرئيس أوحد الوكيلين أن يكون لأعضاء الدائرة سابقة تمرس بعمل الحكمة مدة كافية عي يكفل المتقاضين بذلك ضهانات حقة ١١٠.

(ثانياً) الاضافة التي قررها القانون الجديد للمادة ٤٢٩ من قانون المرافعات : أوجبت المادة ٤٢٩ مرافعات ــ بعد تعديلها ــ على الطاعن أن يودع قلم الكتاب بمحكمة النقض وقت التقرير الأوراق الآتية :

١ صورة من الحكم المطعون فيه مطابقة لأصله أو الصورة المعلنة منه ان كانت قد أعلنت ، إذ ليس هناك ما يمنع من الطعن بالنقض في حكم لم يعلن بعد إلى الطاعن .

⁽۱) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ وقد نشرت بالنشرة التشريعية التي تصدرها وزارة المدل عند اغسطس سنة ١٥٥٦ ص ١٨٣٦ وما بعدها .

٧ - صورة من الحكم الابتدائى اذا كان الحكم المطعون فيه قد أحال اليه في أسابه. والذى محصل عملا أن يقدم هذا الحكم في أغلب الأحوال اذ لا يكاد مخلو الحكم المطعون فيه من احالة الى الحكم الابتدائى سواء ضاقت دائرة هذه الاحالة أو أتسعت.

 ٣ ــ المستندات المؤيدة للطعن ان كانت هناك ثمة مستندات من هذا القبيل ، اذكتر اما تكون أوجه الطعن قانونية صرفة تتصل بمناقشة مبدأ قانونى معن وتكون تبعا لذلك في غنى عن أى مستند يؤيدها .

ووجه التعديل بالاضافة الى هذه المادة أنها عجلت بايداع الحكم المطعون فيه والحكم الابتدائى اذا كانت هناك احالة الى أسبابه ، والمستندات المؤيدة للطعن . فأوجبت على الطاعن أن يقوم بايداعها مع التقرير ، دون المذكرة الشارحة كما كان عليه الحال من قبل التعديل ، اذ أخرت تلك المذكرة لحمن التقضية الى الدائرة الحماسية بقرار من دائرة فعص الطعون . والمقصود بهذا التعديل هو اتاحة الفرصة أمام دائرة الطعون لفحص التقرير بالطعن مستجمعا كل عناصره حتى تستطيع أن تتبن جديته وان تحقق الحالة التي تودى الى احالة الطعن الدائرة الحماسية لأن الطعن جدير بذلك أو ترفضه لما تراه من عمها من أنه غير مقبول شكلا أو باطل أو غير جدير بالعرض على تلك الدائرة .

(ثالثا) نص جدید للمادة ٤٣١ مرافعات : وقد جاء هذا النص الجدید بتعدیل جوهری فی أحكام هذه المادة . فقد كان نصها قبل تعدیلها یوجب اعلان الطمن الی حمیم الحصوم الذین وجه الیهم وذلك فی خلال الحمسة عشر یوما التالیة لتقریر الطمن والا كان الطمن باطلا وحكمت المحكمة ببطلانه من تلقاء نفسها . فجاء التعدیل بوضع جدید اذ نص علی اتباع الحطوات التالیة بعد التقریر بالطمن :

١ _ يقوم قلم الكتاب بارسال ملف الطعن النيابة العامة فورا حتى تقوم بايداع مذكرة بأقوالها وذلك فى أقرب وقت مراعية فى ذلك ترتيب الطعون بالجلول .

 ٢ ــ بعد أن تقوم النيابة بايداع مذكرتها يعين رئيس المحكمة أحد أعضاء دائرة فحص الطعون مقررا فى الدعوى وتحدد الجلسة التى تنظر فها القضية .

 ٣ - ثم يقوم قلم كتاب المحكمة باخبار محامى الطاعن بتاريخ الجلسة قبل موعدها بأسبوع على الأقل وذلك عوجب كتاب موصى عليه .

ويلاحظ أن التعديل قد استبعد النص في هذه المادة على البطلان اذ لم يعد هنا له محل ، لأن التكاليف المفروضة سذه المادة مفروضة على قلم الكتاب والنيابة ، فلا يتصور أن يتحمل الطاعن مغبة تقصيرهما أو خطهما .

كما أنه ليس هنالك اعلان للمطعون ضده ، اذ أخر ذلك الى ما بعد صدور قرار دائرة فحص الطعون باحالة الطعن الى الدائرة الحماسية . ذلك أن المشرع _ كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون _ لم ير محلا لازعاج المطعون ضده ، والذى بيده حكم نهائى صادر لمصلحته ، من قبل أن تتين صلاحية الطعن للنظر أمام الدائرة الحماسية . ولا ضرر عليه من عدم دعوته أمام دائرة فحص الطعون اذ لو رفض الطعن فهذا في مصلحته ، واذا أحيل للدائرة الحى تنظره نهائيا فأمام المطعون ضده كل الحطوات التى تكفل له الاستعداد وتقديم دفاعه ومستنداته على ضوء التقرير الذى سيعلن اليه عندئل وعلى ضوء المذكرة الشارحة التى ستودع فى المرحلة الثانية . ولنا عودة الى الكلام على هذه النقطة عند بيان عيوب نظام دائرة الطعون .

(رابعا) نص جديد للمادة ٤٢٧ مرافعات : اقتصر التعديل على ما يلي :

 ا جعل الاختصاص فى وقف التنفيذ لدائرة فحص الطعون دون غيرها ، والى حين اصدار حكمها أو قرارها .

٢ – أوجب أن يكون قرار وقف التنفيذ باجماع الآراء .

 ۳ - قضى بالزام الطاعن بمصروفات طلب وقف التنفيذ عند رفضه اذقد تقرر له رسم . ويلاحظ على النص الجديد قوله أنه يجوز لدائرة فحص الطعون ، الم حن اصدار حكمها أو قرارها ، ان تأمر بوقف التنفيذ . وهذا واضح بالنسبة للحكم الذي يصدر منها برقض الطعن ، ولكن هل ينهي العمل بقرارها بوقف التنفيذ حين اصدار قرارها بالاحالة على الدائرة الحماسية ، عندى أن هذا غير مقصور ولا يستقم مع جعل الاختصاص بوقف التنفيذ للدائرة الثلاثية التخفيف على الدائرة الحماسية والتمجيل بنظر هذا الطلب لما من صفة الاستعجال ، فالأمر اذن لا يعدو مجرد عدم دقة في الصياغة . وعلى ذلك يبقى قرار دائرة فحص الطعون بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه قاما لما العلمون فيه الحالة الما العلم المعاسبة في حالة الاحالة الها .

(خامسا) نص جديد للمادة ٤٣٧ مرافعات : كان النص القديم لهذه المادة مقتصرا على تكليف الطاعن أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال عشرين يوما من تاريخ الطعن الأوراق الآتية :

أصل ورقة اعلان الطعن الى الخصوم .

٢ – صورة من الحكم المطعون فيه وصورة من الحكم الابتدائي
 اذاكان الحكم المطعون فيه قد أحال اليه في أسبابه .

٣ – مذكرة شارحة لأسباب الطمن المبينة في التقرير ..

٤ – المستندات المؤيدة للطعن .

فجاء التعديل مستخدما رقم هذه المادة لفرض آخر يتطلبه الوضع الجديد الناشئ عن ايجاد دائرة جديدة لفحص الطعون ، وأرجئت اجراءات اعلان الاحالة وتقرير الطعن والدفاع الكتابى بالمذكرات لتواجه بعد احالة الطعن الى المدائرة الحماسية وقيام الطاعن بأعلان تقرير الطعن الى المطعون ضده وايداع المذكرة الشارحة وايداع مذكرة المطعون ضدهم وذلك كله في المادة التالية والى أضيفت برقم 1373 مكررة وسوف يأتى الكلام عنها فيا بعد .

وفياً يلى فحوى ما تضمنه النص الجديد الممادة ٤٣٢ مرافعات منظما نظر الطعن أمام دائرة فحص الطعون التي أستحدثها : ١ - تنظر داثرة فحص الطعون بعد أن يتلو المستشار المقرر تقريره وقد أجاز القانون للدائرة أن تسمع محامى الطاعن والنيابة العامة وتكون النيابة آخر من يتكلم. وتسرى القواعد المقررة لنظر الطعن أمام دائرة المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية على الطعن أمام دائرة فحص الطعون وذلك طبعا ما لم ينص القانون على قاعدة خاصة أو اجراء معين يتبع أمام دائرة فحص الطعون.

ولكن ما الحكم اذا حضر المطعون ضده في الجلسة المحددة بالرغم من أنه لا يعلن بها . وهل يصح له أن يثبت حضوره في الجلسة وأن يطلب رفض الطعن ، وهل يصح للدائرة أن تستمع الى أقواله أو أن تثبت ما عساه أن يتقدم به من طلبات . وذلك على أساس أنه ، وان كان لا يعلن ، الاأنه خصم في الطعن ومحتصم في تقرير الطعن من غير شك وله مصلحة ثابتة في الحكم برفض الطعن وفي التعجيل سدا الرفض حتى لا يبقى مهددا في حكم صادر لمصلحته لفترة طويلة .

ليس في المذكرة الايضاحية القانون أكثر من أن المطعون ضده لا يعلن في هذه المرحلة التي يمر بها الطعن أمام دائرة فحص الطعون ، ولكن ليس فيها ولا في نصوص القانون منع له من الحضور ، بل أن عدم اعلانه مقرر أصلا لمصلحته حتى لا تزعجه الاجراءات من قبل أن تثبن صلاحية الطعن للعرض على الدائرة الحماسية . على أن الظاهر أن المشرع قد أراد ابعاد المطعون ضده عن متابعة الدعوى أمام هذه الدائرة حتى لا ينقلب الأمر الى خصومة كاملة قد تضيع معها الفائدة التي توخاها من وراء ادخال هذا النظام من حيث سرعة الفصل في الطعون وتخفيف اجراءات الفصل فيها وكتابة الأحكام الصادرة بالرفضي أو الاحالة (۱).

 ٢ ــ فاذا رأت دائرة فحص الطعون بعد نظرها للطعن أنه جدير بالعرض على الدائرة الخماسية :

⁽١) وعل ذلك ترى – أعذا بمفهوم النص وتمشياً حم روح التشريع – أنه لا يحق الدطنون ضده الحضور أمام دائرة قحم العلمون ، ولا يجوز الدائرة ، إن هو حضر ، أن تثبت حضوره أو تعتبره أو أن تستمع إلى ما قد يبديه من طلبات حتى ولو قبل الطاعن حضوره أو لم يمانع فى إبدائه لطلباته لأن الأمر يتعلق هنا بالنظام العام .

' (١) اما لأن الحكم المطعون فيه مرجح تقضه .

(ب) واما لأن الفصل في الطعن يقتضى نقرير مبدأ قانوني جديد لم يسبق محكمة النقض تقريره ، قررت احالة الطعن الى الدائرة الحماسية . ويكفى في تقرير هذه الاحالة أن تتوفر لها أغلبية الآراء . وتتعين على الدائرة الاحالة اذا رأت أن الطعن وان كان واجب الرفض الا أن الفصل فيه يقتضى تقرير مبدأ قانوني لم يسبق لحكمة النقض تقريره وذلك تحقيقا لمهمة محكمة النقض في تقميد القواعد القانونية وتوجيد كلمة القانون.

أما اذا رأت الدائرة باجماع الآراء أن الطعن :

(١) غير مقبول شكلا.

(ب) أو رأت أنه باطل .

 (ج) أو رأت أنه غير جدير بالعرض على الدائرة الخماسية حكمت برفض الطعن .

وقد رأى المشرع فى اشتراط الاجماع ضمانا كافيا للطاعن لأنه عثل هذا الاجماع من ثلاثة يمكن أن يرفض الطعن عند نظره أمام الدائرة الحماسية ويلاحظ أخبرا أنه اذا لم يتعقد الاجماع وجبت احالة الطعن الى الدائرة المدنية.

٣ ــ ورغبة من المشرع فى تبسيط الاجراءات وتوفير الجهد على مستشارى المحكمة نص فى المادة ٣٣٤ مرافعات على أن يكتنى فى كل الأحوال بذكر القرار بالاحالة أو الحكم برفض الطعن لعدم جديته أو لعدم قبوله شكلا أو لبطلانه بمحضر الجلسة . على أنه اذاكان الحكم صادرا برفض الطعن وجب على المحكمة أن تبن بابجاز فى المحضر وجهة نظرها . ويبدو أن المشرع قد أراد بذلك أن يستوثن من جدية الأحكام الصادرة بالرفض .

ويجوز أن تكون الاحالة مقصورة على بعض الأسباب دون بعضها الآخر وعندئذ لا يئار أمام الدائرة الحماسية الا ما قبل من الأسباب وأحيل اليها . وفى حالة الحكم بالرفض يلزم الطاعن بمصروفات الطعن وتصادر الكفالة حمًّا بعد أن كان الأمر جوازيا فى ظل النظام القديم ، ثم عاد المشرع أخيرا فجعله وجوبيا كذلك بالنسبة للدائرة الخماسية (١)

ورغبة من المشرع فى أن تكون دائرة فحص الطعون اداة فعالة فى التخفيف على الدائرة المدنية وقطع دابر كثير من الطعون فقد نص على أنه لا يجوز الطعن فى الحكم الصادر منها برفض الطعن بأى طريق من طرق الطعن.

(سادسا) فص جديد للمادة ٨٨١ فقرة أخيرة مرافعات : تنص هذه المادة فى فقرتها الأولى على ميعاد الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية وهو ثمانية عشر يوما من تاريخ النطق بالحكم اذا كان حضوريا ، فاذا كان غيابيا بدأ الميعاد من اليوم الذى تصبح فيه المعارضة غير مقبولة ، وهذه الفقرة لم يرد عليها أى تعديل ولا مقتض لأى تعديل فها استنادا الى الاعتبارات التى أوحت بالتعديل الذى تناول (اجراءات) الطعن بالنقض والذى لا شأن له محكم هذه الفقرة .

أما الفقرة الأخيرة من المادة ٨٨١ مر افعات فكانت توجب على الطاعن ، من قبل تعديلها ، أن يو دع قلم الكتاب بمحكة النقض خلال الميعاد الو ارد في الفقرة الأولى ، الأوراق المبينة في المادة ٣٣٤ بند ثانيا وثالثا ، أي صورة من الحكم المعلمون فيه مطابقة (لأصله) وصورة من الحكم الأبتدائي اذا كان الحكم المطعون فيه قد أحال اليه في أسبابه ومذكرة شارحة لأسباب الطعن المبينة في التقرير والمستندات المؤيدة له . ولما كانت المادة ٣٣٤ مرافعات قد استبدل بنصها القديم نص جديديو اجه (الحالة) والاجراءات التي تطلبها انشاء دائرة خاصة لفحص الطعون محيث أصبحت الاحالة اليها وحدها لا تستقيم ، كما أنه تجب الاحالة على الفقرة الأخيرة الجديدة من المادة ٤٣٩ مرافعات كما أنه تجب الاحالة الي أدخلت على هذه المادة . لذلك جاء نص (الفقرة) الأخيرة من المادة ٨٤١ على الوجه الآني : من المادة ٨١٨ مرافعات بعد تعديله محيث محقق ذلك كله على الوجه الآني :

⁽٦) وذاك يقتضى القانون رقم ٣٠٦ لسنة ١٩٥٦ الصادر في ١٣ أغسطس سنة ١٩٥٦ الوالي عدل مكل المادة المكلم والفات عبد الحكم والله عدل سكم المادرة الكفائة أمرا وجوبياً عند الحكم يعدم قبول الطمن أو برفضه وكان الأمر قبل ذلك وجوبياً بالنسبة الدائرة الحساسية كما أسلفنا في المثن .

(١) أوجب النص على الطاعن أن يودع قلم كتاب عكمة النقض وقت التقرير الأوراق المبينة في المادة ٢٩٩ فقرة أخيرة بنصها الجديد وهي : صورة الحكم المطمون فيه مطابقة لأصله ، وصورة من الحكم الابتدائي اذاكان الحكم المطمون فيه قد أحال اليه في أسبابه والمستندات التي تؤيد الطعن . وتودع هذه الأوراق كلها قلم الكتاب وقت التقرير بالنقض .

(ب) نصت هذه الفقرة الأخيرة من المادة ۸۸۱ مرافعات على أن تجرى على الطعن أحكام المواد ٤٣١ و٣٣٤ (السابق المكلام عهذا بنصهما الجديد) ، والمادة ٤٣٢ مكررة التي أضيفت بالتعديل الجديد لنظام الطعن بالنقض وهي التي تنظم الاجراءات بعد صدور قرار من دائرة فحص الطعون بالاحالة الى الدائرة الحماسية ، وسوف يأتى الكلام عها تفصيلا فها بعد.

(سابعاً): نص جديد للمادة ٨٨٧ مرافعات: قصد صلا النص الجديد مواجهة الإجراءات بعد صدور قرار الاحالة على الدائرة الحماسية بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية. فالزم قلم الكتاب بأن يؤشر صدا القرار على تقرير الطعن. كما نصت المادة في وضعها الجديد على اتباع الحطوات الآتة:

- ١ يعين رئيس المحكمة الأشخاص الذين يعلنون الطعن .
 - ٢ ويحدد لمم أجلا يقدمون فيه دفاعهم ومستنداتهم .
- ٣ ــ وبعد إنهاء هذا الأجل محدد جلسة لنظر الطعن وله عند الاقتضاء
 الأمر بضم ملف المادة الصادر فيها الحكم المطعون فيه .
- ويعلن قلم الكتاب من تقرر اعلانهم بتقرير الطعن ويخبر محلمى
 الخصوم بتاريخ الجلسة المحددة قبل انعقادها بثمانية أيام على الأقل بكتاب موصى عليه .

و ممقارنة النص الجديد لهذه المادة بالنص القدم يتين أنه ليس هناك فارق جوهرى بن النصين غير مواجهة نتائج إنشاء دائرة فحص الطعون وحقها فى زفض الطعن أو احالته ، فجعل المشرع الإجراءات تجرى بعد صدور قرار الاحالة من دائرة فحص الطعون الى الدائرة الحماسية بدلا من جريامها بعد انقضاء الميعاد الوارد فى المادة AA1 مرافعات .

(ثامناً): نص المادة الجديدة التي أضيفت لقانون المرافعات برقم ٤٣٢ مكرر: قصد بالفقرة الأولى من هذه المادة أن تواجه الإجراءات التي يتمين اتباعها على أثر صدور قرار الاحالة من دائرة فحص الطعون ، وهي ترسم الخطوات الآتية:

١ ... يؤشر قلم الكتاب بقرار الاحالة على تقرير الطعن .

 ويقوم الطاعن بإعلان الطعن الى حميع الحصوم الذين وجه الطعن إليهم مؤشراً عليه بقرار الاحالة وذلك فى الحمسة عشرة يوما
 التالية لقرار الاحالة ، ويكون هذا الإعلان بورقة من أوراق المحضرين وبالأوضاع العادية .

وعلى الطاعن أن يودع خلال الحمسة أيام التالية لإنقضاء الميعاد
 السابق أصل ورقة أعلان الطمن ومذكرة بشرح أسباب الطعن
 المبينة في التقرير .

ويلاحظ فى التعقيب على هذه الفقرة أن القانون يوجب على الطاعن اعلان الطعن الى حميم الحصوم الذين وجه الطعن إليهم فى فترة معينة تتلو قرار الاحالة مباشرة ، وكان الواجب يقضى بأن يقوم قلم الكتاب بإخطار الطاعن بقرار الاحالة ليبدأ الميعاد فى حقه حى لا يضطر الطاعن الى أن يتابع قرار الاحالة للتأكد من صدوره ، كما أن مدة الحمسة أيام التى حددت الإيداع أصل ورقة أعلان الطعن والمذكرة الشارحة هى مدة قصيرة للغاية .

أما الفقرة الثانية من هذه المادة الجديدة فتجيز أن يكون من بين أعضاء دائرة المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية من أشرك من أعضاء دائرة فعص الطعون في إصدار قرار الاحالة . وتقول المذكرة الايضاحية في تبرير هذا الحكم أن الواضح من نصوص القانون ومن مهمة دائرة فحص الطعون ومن الاجراءات التي تتبع أمامها أنه لاتعارض بين العمل في هذه الدائرة و بين العمل في دائرة المواد المدنية وأنه اجيز أن يشعرك في دائرة المواد المدنية من سبق له الإشتراك في إصدار قرار الاحالة . و يمكن القول في تبرير الجازة هذا الإشتراك أنه ليس ثمة حرج أو تعارض فيه إذ ليس لهؤلاء رأى سابق يفيد رفض الطعن أو قبوله وأن رأيهم في الاحالة قائم على الترجيح دون اليقن ولا يتطلب الشارع مهم أسباباً يمكن أن توحى بإنجاه معن . على أنه من ناحية أخرى يمكن القول بأن الأحالة للترجيح تكشف عن إنجاه القاضى عما قديم عن اقتناعة برأى معن .

. (تاسعا) أثر احكام التعديل على الطعون السابقة عليه: واجهت المادة ه من القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ الصادر بالتعديل هذا الوضع في صورتين:

الأولى ... أن يكون تاريخ العمل بهذا القانون قد جاء بعد أن عين في قضية الطعن مستشار مقرر . فنصت المادة في فقرتها الأولى على عدم سريان أحكام القانون الجديد على هذا النوع من القضاية . وهذا الحكم سليم لأن القضية وقد بلغت هذا المبلغ تكون قد بهات للفصل فها فلا تكاد تحتاج من المحكمة الالجلسة واحدة تسمع فها مرافعة الحصوم . وفي تطبيق هذا النظام الجديد عليا تعطيل لفصل فها وعودة بها الى البداية من جديد .

الثانية ــ ان تكون الطعون قد قدمت قبل تاريخ العمل بالقانون ولكن لم يعين فيها مستشار مقرر ، فنصت المادة في فقرتها الثانية على استمرار اجراءاتها وفق المواد ١٣٦٤ الى ١٣٨٨ فقرة اولى قبل التعديل الذى استحداثه الفانون . وبعد أن تودع النيابة العامة مذكرة باقوالها يعين رئيس المحكمة أحد أعضاء دائرة فحص الطعون ، ان الطعن جدر بالعرض على الدائرة الحماسية قررت احالته المهاسة تحددها هي ، أى دائرة فحص الطعون ، ويخبر بها قلم الكتاب المجالبة تحددها هي ، أى دائرة فحصو م بكتاب موصى عليه قبل الجلسة تحددها على ما قبل المجلسة المحددة تحمسة عشر يوما على الأقل.

ولم تتكل المادة عن حالة مااذا تبن لدائرة فحص الطعون أن الطعن في هذه الحالة غير جدير بالغرض للأسباب المختلفة التي نصت عليها المادة ٤٣٦ مر افعات بنصها الجديد . ولكن مفهوم المحالفة يقضى بأن لها الحتى في رفض الطعن اذاجاء الرفض باحماع الآراء واثبات قرارها مع وجهة نظرها في الرفض في محضر الجلسة بامجاز وفتي ماتقضى به المادة ٤٣٣ مر افعات بعد تعديلها .

(عاشرا) فرض رسم على طلب وقف التنفيذ: أضاف التعديل فقرة أخرة الى المادة الرابعة من القانون رقم ٩٠ سنة ١٩٤٤ الحاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية والقوانين المعدلة له ، وهذه الاضافة تقضى بفرض رسم ثابت قدره ٩٠ ثمانمائة قرش على طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة انتقض (دائرة الطحون) . وليس في هذه الأضافة بدع فقد سبق تقرير رسم على وقف التنفيذ امام محكمة القضاء الادارى بقصد الحد من مثل هذه الطلبات وقصرها على الطلبات الجدية دون غيرها (١) .

على نظام النقض :

ذكرت المذكرة الايضاحية لمشروع القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ الذي جاء بالتعديل المقتضيات التي دعت اليه فنسبتها الى الزيادة المطردة في عدد الطعون اذ بعد ان كان عددها في الماضي لامجاوز الماثة في كل عام زادت عن ضعف هذا العدد في الحمسة شهور الأولى من العام الماضي (سنة ١٩٥٤). ثُمُ اطردت الزيادة في هذا العام (١٩٥٥) فبلغت الطعون في هذه الفترة مائتين وأربعة وستن طعنا ، مجانب ماأضيف من اختصاصات الى الجمعية العمومية أو للدائرة المدنية ، كالطعون التي ترفع من رجال القضاء أو قضايا تنازع الاختصاص أو الطعون في الانتخابات النقابية ، أو طلبات وقف التنفيذ التي بلغت في سنى ١٩٥٧ و ١٩٥٣ و ١٩٥٤ عدد ٢٥ و ٥١ و ٦٦ على التوالى وبَلَغَت ٤٧ فَى الْمَدَةَ مَن يَنايِر حَتَى ١٦ يُونيو سَنَة ١٩٥٥ ، وبرغم مابذُلُه المستشارون من جهد متصلُّ وازدياد عدد الطعون الي فصل فها في السنوات الثلاث الأخبرة حتى بلغت ٢٥٣ و ٢٩٨ و ٢٩٥ على التوالى عدًّا قضايا وقف التنفيذ والقضَّايا الأُخْرَى ؛ رغم ذلك كله ادت هذَّه الكثرة في عدد الطعون الى تأخر الفصل في القضايا سنوأت اربت على الثلاث ، وأخذ عدد الباقي يزداد فى اطراد حتى بلغ فى السنوات الأخبرة ٩٩٠ و ١١٠٠ و ١٢٥٤ على التوالى بعد ان كان فى الماضى يتراوح بين الحمسين والثمانين، مع أن ماتقبله عكمة النقض من الطعون لا مجاوز الثلث على وجه التقريب .

⁽۱) وان كنا نشك كثيرا في أن فرض مثل هذا الرسم سيكون من شأنه الحدّ من هذه الطلبات، ذلك أن من بلغ بدعواء سبلغ محكة النقض ، متحملا بذلك أقمى نفقات التقاض ، لا يحول بيته و بين طلب وقف التنفيذ عادة مثل هذا الرسم ، وخاصة أو لئك الذين يبلغ بهم لدد الحصومة مثل هذا المبلغ والذين هم في الفالب أصحاب الطمون الكيفية التي أريد بفرض الرسم الحد مها .

وقد رأى المشرع - كما يتضع من الملكرة الايضاحية - ان حر حلاج يكفل سرعة الفصل فى الطعون ، مع كفالة هيع الضائات الحقة للمتقاضين ، وتجنب العيوب التي لوحظت فى النظام الشبيه به الذى كان متبعا فى فرنسا ، هو انشاء دائرة لفحص الطعون تتسم ببساطة الاجراءات على الوجه المبن مستشارين ثم الزام الطاعن أن يقدم مع تقرير الطعن مايجب عليه تقديمه من اوراق ثم ارسال الملف للنيابة فورا لابداء رأيها في أقرب وقت ثم تعين المستشار المقرر ، وعلى اثر تقديم تقريره محدد جلسة لنظر الطعن ، والأذن للمحكمة بالاكتفاء بما هو مدون كتابة والمضى فى اصدار حكمها أو قرارها اذا لم تجد حاجة لاستجلاء مااوردته الأوراق ، وعدم اعلان المدعى عليه في العلمن في هذه المرحلة على أساس عدم ازعاجه باجراءات قد تذهبي لصالحه .

وذكرت المذكرة الايضاحية الضانات المؤدية لاحقاق الحق حتى لا يتأثر سندا التعديل ، فاشارت الى ضرورة ان يكون الحكم الصادر من دائرة فحص الطعون رفض الطعن بالاحماع والا وجبت احالة الطعن على الدائرة الحماسية

كما ذكرت المذكرة الايضاحية أنه روعي في الفحص الذي تتولاه دائرة فحص الطمون أمران : أولهما مصلحة الحصوم أي جدية الطمن ، وثانيهما مصلحة القانون . فاذا تبين لها أن الطعن مرجع القبول احالته الى الدائرة الحماسية ، وكذلك يتعين عليها أن تفعل اذا رأت أن الطعن مع وجوب رفضه بيقتضي القصل فيه تقرير مبدأ قانوني لم يسبق لحكمة التفضى تقريره ، وذلك تحقيقا لمهمة محكمة التفضى في تقميد القواعد القانونية وتوحيد كلمة القانون ، وانتهت المذكرة من ذلك الى أن دائرة فحص الطعون لا ترفض من الطعون الا العقيم الذي لا يعود بكسب على رافعه ولا بغنم للقانون .

تلك هي مقتضيات التعديل كما رآها الشارع وكما أفصح عبها في المذكرة الايضاحية ، فهل هي حقاً كافية لنبر بر الأخذ بهذا النظام الذي أسلفنا بيانة وأسلفنا كيف زهدت فيه فرنسا وهي البلد الذي أنشأته أول الأمر وقصدت به الى مثل ما قصد اليه المشرع المصرى. وهل وفق المشرع فى اختيار الحل المناسب لعلاج الزيادة المطردة فى الطعون التى ترفع الى المحكمة العليا. أم كانت هناك حلول أخرى كان من الممكن أن توصل الى الغرض الذى توخاه الشارع من الأخذ بهذا النظام . ذلك ما نحاول أن نتبينه فى نقدنا لهذا النظام الذى اختاره المشرع المصرى حلا المشكلة التى تعانبها عكمة النقض .

نقد التشريع الذي انشأ دائرة فحص الطعون ورتب اجراء اتها:

قدمنا في بداية هذا البحث أن هذه الدائرة التي أنشأها المشرع المصرى في محكمة النقض كانت قائمة في حقيقة جوهرها في النظام الفرنسي حتى الغاها التشريع هناك في سنة ١٩٤٧ بعد أن ثبت أنها اداة معطلة للفصل في الطعون وبعد أن استيانت عيومها وكشف العمل عن مبلغ ضررها. وقلنا أنه لذلك كان مدحاة للتأمل التجاء المشرع المصرى أخبرا الى الأخذ بهذا النطام وكان من الحتى علينا أن نتين وجه الضرورة أو الفائدة التي تعود على نظام النقض من الأخذ بهذا النظام .

يتبن من الرجوع للمذكرة الايضاحية لحذا التعديل أن الأمر لا يعلوا علاج تكاثر الطعون وابجاد علاج يكفل سرعة القصل فيها ، ويظهر أن واضعى هذا التعديل اقتنعوا بأن انشاء دائرة لفحص الطعون هو خير علاج لحذه الحالة مع كفالة جميع الضمانات الحقة للمتقاضين وتجنب العيوب التي لوحظت في النظام الشبيه به الذي كان متبعا في فرنسا ، اذ حرصت المذكرة الايضاحية على بيان ما اتسم به الوضع الجديد من بساطة في الاجراءات كما ذكرت الفهانات المؤدية لاحقاق الحق في نظر واضعى التعديل .

ومهما قيل في الدفاع عن هذا التعديل والتنوية بمزاياه وتعداد الضهانات التي كفلها للمتقاضين ، فاني أرى أن هذا التعديل لم يكن له ما يبرره كما اني أشك في أنه سيأتي بالنتانج المأموله التي كانت سببا في استصداره ، كما اني لا أطمئن الى تلك الضهانات التي أوردها من حيث

انها تغنى عن الضائات التى كفلها نظام النقض قبل انشاء هذه الدائرة الجديدة والتى اضطر المشرع الى الانتقاص مها ليواجه مقتضيات التعديل الذى انشأ دائرة فحص الطعون .

فالاحصائية التي أوردتها الملكرة الايضاحية من حيث ترايد عدد الطعون حتى بلغت في سنة 1900 عدد ٢٦٤ في خسة الشهور الأولى من العام بعد أن كانت ٢٠٠٢ في العام السابق عليه ، وما وضع على عانق الجمعية العمومية والدائرة المدنية من أعباء اخرى كالطعون التي ترفع من رجال القضاء أو قضايا تنازع الاختصاص أو الطعون في الانتخابات النقابية ، وهي في ذاتها قليلة (١١) ، أو طلبات وقف التنفيذ بالارقام التي ذكرتها المذكرة الايضاحية ، كل ذلك لا يعرر استحداث نظام تبن عدم صلاحيته على ضوء تجربة طويلة انتهت بالغائه وقيل في تعليل الفائه أنه كان من شأنه تعطيل الفصل في القضايا بسبب عرض مجموعة كبرة من الطعون على درجتين ، وكان في قلوة التشريع الفرنسي الذي الذي الذي النقائة الدائرة المقابلة لها في فرنسا أن يستبقها مع اصلاح عيوبها ولكنه رأى أن النظام في ذاته غير صالح وغير مجد فالغاه .

وعندى أنه كان من المتيسر معالجة كثرة الطعون وتأخر الفصل فيها بزيادة عدد الدوائر المدنية كما فعل قانون نظام القضاء قبل تمديله ، أو زيادة جلسائها أو بالأمرين معا . فيتضاعف عدد الطعون التي يفصل فيها أو زيد دون غض من الضهائات القائمة ودون إيجاد اجراءات قد تكون بساطتها وسرعة تواليها مما لا تؤمن مغبته ، سواء بالنسبة لصوالح الحصوم أو لصالح القانون ذاته الذي أوجد يحكمة النقض لتقعد القواعد وتستقر بقضائها المبادىء بجانب اصلاح عب الأحكام النهائية .

ومع ذلك لا أظن أن البساطة والسرعة التي أحيط مها إنشاء دائرة فحص الطعون ستؤدى الى سرعة إنجاز الفصل فى الطعون ، إذ لم يكن التأخر فى الفصل فها راجعا لطول الإجراءات أو تعقدها أو تراخى الحصوم فى القيام مها ،

⁽١) بل اتها تكاد أن تكون نادرة في الفترة الأخيرة فضاد من أن قضايا تنازع الاعتصاص قد ضافت دائر تها بحيث لا ينتظر أن تعرض على المحكة العلها إلا فيها ندر وذلك بعد توحيد جهات قضاء الأحوال الشخصية التي كانت سباً في أغلب قضايا التنازع ان لم يكن كلها .

التعديل بالمواعيد والجزاءات الحاسمة التي أوجدها القانون ورتب البطلان حيا التعديل بالمواعيد والجزاءات الحاسمة التي أوجدها القانون ورتب البطلان حيا ومن تلقاء نفس المحكمة كجزاء على الاخلال بها ، ولذلك كان ينهي تحفيد الطعن فيا يتصل بالجصوم في وقت مبكر مع تبادل أوجه الدفاع كاملة مؤيدة بين معلقة فترة طويلة تمتد الى سنتن أو أكثر قبل تحديد جلسة لها وكدرا ما كانت النيابة العامة تقدم مذكر بها ولا يحدد موعد لنظر القضية إلا بعد فترة طويلة الأجل . مما يدل على أن بساطة الإجراءات أو إبجازها لن يكون له دخل في إنجاز الفصل في الطعون مع استبقا في إنجاز الفصل في الطعون مع استبقاء كل الضمانات التي تكفل تمحيص الطعن وعرض المبادئ القانونية ومناقشها كل الضمانات التي تكفل تمحيص الطعن وعرض المبادئ القانونية ومناقشها أو زيادة عدد المدوائر عند على الفيانات التي يحوم المبادئ القانونية ومناقشها أو زيادة عدد المدوائر جنب النقص من الضيانات التي تحوط هذه المرحلة الحاسمة الحطيرة من مراحل الفصل في المنازعات .

وفيا يلى عرض وتحليل لوجوه النقد وللمزايا والضهانات التي قبل بأن التعديل قد كفلها لنتين ما اذا كان بمكن الاطمئنان الى فائدتها في سرعة الفصل في الطعون مع استبقاء الضهانات الحقة :

 ليبن من دراسة التعديل الذي أنشأ دائرة فحص الطعون ، والذي تناول بعض المواد المنظمة للاجراءات أمامها ، وجوه النقد التي نلخصها فها يلي :

(أولا) إنشاء دائرة ثلاثية لفحص الطمون ، وهذه الدائرة تقضى المائية برفض الطمون إما لعدم قبولها شكلا وإما لبطلابها وإما لأمها غير جدرة بالعرض على الدائرة الحماسية أو كما عبرت المذكرة الايضاحية غير مرجعة القبول(ا). ويلاحظ في التعديل أن ضيانة فحص الطعن مجسة من المستشار بن

⁽¹⁾ والواقع أن تعبير المذكرة الإيضاحية القانون تعبير غير دقيق إذ فرق بين الطمن النبر مرجح القبول والطمن النير جدير بالعرض ، إذ قد يكون الطمن جديرا بالمرض وان كان غير مرجح القبول كأن يكون من وراء الفصل فيه ولو بالرفض اقرار مبدأ جديد أو الفصل في فقطة قانوفية لها أهيتها في الكشف عن اتجاه قانوف معين المحكة العلميا .

قد انتقست ، ولا أزاع أن القانون حين جعل دوائر عكمة التقض تؤلف في الأصل من حسة مستشارين راعي أن في هذا العدد ضهانة تبادل الرأى على نطاق واسع ليكون نضجه أقرب الى التحقيق ، كما راعي أن دائرة النقض تنظر في سلامة حكم صادر من دائر مؤلفة من ثلاثة مستشارين في الطبيعي أن تكون هي مؤلفة من عدد أكبر فردي للاطمئنان الى أن الحكم حين نقض أو أبرم عرض على عدد أكبر من المستشارين تحققت لهم أعظم فرص المداولة وتبادل الرأى للانهاء الى نتيجة أقرب الى الإطمئنان . فتخفيض العدد الى ثلاثة فيه انتقاض من ضهانة التعدد الملحوظ في تكوين دوائر النقض .

وقد يقال أن القانون قد اشرط الاجاع في الحكم الذي يصدر بأغلبيه ثلاثة الطمن ، وما دام حكم دائرة النقض كان يمكن أن يصدر بأغلبيه ثلاثة فالضيانة باقية في اشراط موافقة آراء ثلاثة على رفض الطمن ، ولكن هذا لا يكني لأن تبادل الرأى وفحص الطمن في نطاق حسة مستشاري غيرهما في نطاق ثلاثة ، فزيادة المدد تكفل تمثيل وجهات النظر ومناقشها على نطاق أوسع تتوافر به ضهانة أكبر (١١) . ثم ما الفائلة من نقص عدد مستشاري دائرة لها هذا الحطر في الطمون ، الأمر لا يعلو في اعتقادي وفرا في عدد المستشارين يستفاد منه في إيجاد دوائر أخرى ثلاثية لفحص الطمون : ولا يجوز أن تعالج أمور العدالة بوفر في المدد لكفالة وجود دوائر أكبر عدا لإنجاز فحص الطمون ، بل الواجب للتوفيق بين تحقيق المدالة كاملة عن طريق الالتجاء للمحكمة العليا وبين إنجاز فحص الطمون والفصل فها زياده عدد الدوائر دون نظر الى ما يترتب على ذلك من زيادة في الأعباء المالة للده لة .

 الزام الطاعن بإيداع مستنداته عند تقدم تقرير الطمن :
 وهذا الالزام وما يترتب عليه من حرج في بعض الأحيان أوحت به الرغبة في الاسراع بفحص الطمن ، ولكن يعترض على ذلك بأنه كثيرا

⁽١) والملاحظ أن المشرع المصرى ينظر دائماً - فى وضعه فظم التقاضى - يعين الاعتبار إلى زيادة عدد أعضاء الهيئة القضائية الأعلى عن الحيئة التى تسبقها ويعد حلم الزيادة ضيانة حامة من ضيانة التقاضى .

ما يلجأ الطاعن فى اخريات الميعاد للالتجاء الى عام لتقدم طعن فى الحكم ولا يتسع الوقت لتجميع المستندات الى تؤيد الطعن ، وكان للوضع قبل بمديله بمنع الحرج ويكفل ضائة اتساع الوقت لتجميع هذه المستندات وتقديمها ، وكثيرا ماتكون هذه المستندات صورا لأوراق رسمية تحتاج لبعض الوقت لاستخراج صور رسمية لها من مظالها .

وما كان هناك ضير ولا تأخير تحثى مغبته اذا منح الطاعن فيرة معمقولة لتحضير مستنداته وتقديمها . والاسراع أمام محكة النقض بما فيه من عنت وحرج على الطاعن ليس له مايبرره : فالحكم المطعون فيه على وقف تنفيذ ، واذا وافقت دائرة فحص الطعون – وبالاجماع – على وقف تنفيذ الحكم فلأن هنالك من وراء التنفيذ خطرا يتعلر تداركه ، ولان هذا الاسراع لن يؤدى الى السرعة المطلوبة اذ هنالك النيابة العامة والمستشار المقرر وكلاهما لايقيدهما موعد ، وكل الطعون كانت تنهي اجراءاتها بالنسبة للمتقاضين وتبتى مع ذلك فيرات طويلة تمتد الى سنين لسبب لادخل للحصوم فيه . فلا يصح أن يكون العلاج اذن بتضييق الأمر لسبب لادخل للحصوم وحرماهم من ضانة افساح بعض الوقت أمامهم لتحضير على الحصوم وحرماهم من ضانة افساح بعض الوقت أمامهم لتحضير الفصل على الحصوم وحرماهم من ضانة افساح بعض الوقت أمامهم لتحضير في الطعون عن طريق عرضها على المحكمة للبت فها ، وهذا متدارك بزيادة عدد الجلسات أو بالأمرين معا كما قدمنا . والغريب بعد ذلك أن القانون بعد تمديله لم يعط فرصة أخرى الطاعن لتدارك مافاته بعد ذلك أن القانون بعد تمديله لم يعط فرصة أخرى الطاعن لتدارك مافاته من تقديم المستندات أو استيقائها .

(ثالثا) استبعد التعديل المطعون ضده في هذه المرحله من خوض عمارها. ولكن يلاحظ في تكشف الحقائق ومناقشة المبادئ القانونية أن ذلك السجال الذي يدور بين الحصمين من شأنه أن يجلو الغامض ويظهر التطبيق الصحيح للقانون ويمكن النباية من أبداء رأسا على اساس من دراسة وجهبي النظر ، كما يمكن المستشار المقرر من أن يضمن تقريره وجهبي نظر الحصوم ويمكن المحكمة من استكمال دراسة القضية سواء انهي الأمر الى احالها أو وفض الطمن. فما كان هالك ضير من تمكن المطعون ضده من ابداء وجهة

نظره فى الطعن بل فى ذلك فائدة محققة لمصلحة القانون ويسر فى فحص الطعن و توجيه سليم للفصل فيه . ثم ان ابعاد المطعون ضده ـــ وهو خصم من غير شكــــ عن مجال الحصومة فيه خروج على مبدأ اساسى من مبادئ التقاضى(أ).

(رابعا) منع التعديل تقدم مذكرة شارحة من الطاعن فى هذه المرحلة وذلك مراعاة للبساطة والسرعة ، ولكن ذلك لن يؤدى الم بساطة ولا تيسير فان الطاعنين سيلجأون الى أن يضمنوا تقاريرهم مذكر الهم الشارحة ، ولن يترتب على التعديل فى هذا الموضوع غير حرمان الطاعن من فرصة شرح على ذلك من عرض الطعون الموضوع غير معرمان الطاعن من فرصة شرع على ذلك من عرض الطعون المحصها غير مستوفية البحث والدراسة والعرض من جانب الحصوم فى مرحلة من أخطر المراحل التى تؤدى فى كثير من الأحيان الى رفض الطعن . فلا تتحقق مصلحة المحصوم اذا لم تتح لم فرصة مواتية كافية للدراسة والعرض وتبادل المذكرات والمستندات ، كما أنه قد ترتب على هذا التضييق عدم اتاحة الفرصة للنيابة ولا للمستشار المقرو ولا للدائرة ذاتها للحصول على عناصر كافية للبحث والعرض وتقليب وجهات النظر وتكون الرأى على اساس وطيد :

(خامسا) اكثنى التعديل في حالة الحكم برفض الطمن ببيان وجهة نظر الدائرة بابجاز في محضر الجلسة . فاذا وقف الأمر عند هذا الحد في التطبيق فقد امتنع تقميد القراعد وقرار المبادئ القانونية واضحة مسببة مفصلة في جميع الاحكام التي تصدر برفض الطعن وهي غالبية (٣)، وفي ذلك اضعاف كبير

⁽١) و لا أدرى ما العلة التي من أجلها حرص المشرع على حرمان المطمون ضده من المشول أمام دائرة العرائض و تنستر ورزاء الزعم بأذه قد أراد بذلك تحقيق مصلحته بعدم إزعاجه في مرحلة قد تنقيى إلى الحكم لصالحه . فإن مثل هذا الحرمان لا يمكن أن يستقيم مع أي من الأسس أو الأصول التي يمكن إسناد نظام دائرة العرائض إليها . ذلك أن المشرع قد حرص ، حتى في أولى مراحل التقاضي وهي فترة التحضير ، على دعوة المدعى عليه حتى لا يتم إجراء في غيبته و لا تخطو المدعى أي خطوة على غير علم منه .

⁽٧) والمطالع الأحكام محكمة النقض المصرية يلمس أن الكثير من الأحكام الى قروت أسباجا مبادى. لها أهيتها وتيستها فى قضاء المحكمة كانت تنتهى دائماً برفض الطعن . ذلك أن رفض الطعن لم يمنع محكمة التقض من أن تتعرض المبادى. الى بنى عليها الحكم المطعون فيه ولوجهات النظر التي يبديها المصوم أمامها لتخرج من ذلك كله إلى إقرار المبدأ القانونى السليم .

لأثر قضاء محكة النقض فى تأصيل المبادىء وتوحيدها واستقرارها فتتمطل بذلك – وفى هذا انطاق الواسع – وظيفة هامة من وظائف محكة النقض ويضيع غرض اسهدفه المشرع من انشائها. واذا تجاوزت دائرة فحص الطعون نطاق النص فسيبت احكامها تسبيبا وافيا وناقشت المبادىء القانونية التى استندت اليها فى رفض الطعن فقد استحدثت قضاء قد يعارض قضاء الدائرة المدنية ويقع الحرج الذى كان مصدوا للقدح فى النظام الشبيه به فى فرنسا قبل الغائه . فضلا عن أن البحث والتسبيب سيعوزه سند هام هو انعدام مناقشة هذه المبادىء بن المتقاضين فى مذكراتهم .

(۲) واذا نظرنا الى الناحية الأخرى من هذا التشريع وهى ناحية الضمانات التي كفلها فى هذه المرحلة وجدناها لا تو ازن ماانتقص به التعديل من ضمانات ولاتسد هذا الفراغ الذى احدثه ، سواء فى دراسة القضية دراسة وافية أو فى مناقشة المبادىء القانونية التي يثيرها الطعن للاتهاء الى مبادىء سليمة تستقر بها . فهذه الضمانات تتلخص فى :

ا ـ تطلب صدور الحكم برفض الطعن باجاع المستشارين الثلاثة الذين يكونون الدائرة, وقد سبق أن بينا عدم كفاية هذا كضهان يعوض النقص فى عدد المستشارين الذين يحكون برفض الطعن .

ب - النص على أن برأس هذه الدائرة الثلاثية رئيس المحكة أو وكيلها وهذا متوفر دائما في الدوائر الحماسية ولم اتبين أثره في تكوين دائرة فحص الطعون كما انى لم اتبين وجه الضائة فيه ، فالمفروض ان الكفاية والحمرة والعلم متوافرة في حميم أعضاء عكمة النقض . كذلك لم اتبين للسبب ذاته أثرا أو أهمية في اشتراط قضاء عضوى الدائرة سنتين في عكمة النقض ، فالحمرة والعلم بالقانون متوافران دناما وعلى الأخص فيمن وصلوا الى المحكمة العليا ، وليس في هذين الشرطين ضائة خاصة تكافىء ماانتقص من ضائات كنتيجة لهذا التعديل ، اذ أن أهم ضمانة أن تتاح للمتقاضين وللنيابة العامة وللمستشار المقرر وللدائرة من بعد هزلاء حيم العناصر والفرص وأوجه البحث والدفاع الى تمكمهم من دراسة الطعن دراسة وافية تعاون على الاطمئنان الى الرأى

(٣) ولعل النقطة الوحيدة التي قد تخفف اليسر مما تقدم من حرج وتضييق ان التعديل اوجب الاحالة على الدائرة الحماسية اذا كان الفصل في الطعن يقتضى تقرير مبدأ قانوني لم يسبق لمحكمة النقض تقريره حتى ولوكان الطعن مرجحا عدم قبوله (١) . وهذاهو النص الوحيد الدى كفل تحقيق ناحية من نواحى تأصيل القواعد القانونية وتوحيدها . ولكن مثل هذا النص لايكافى في قليل أو كثير ماعرضناه من نقص كبير في الفهانات كنتيجة للتعديل سواء أكان ذلك من ناحية رعاية مصالح الحصوم أو مصلحة القانون .

وبمكن القول ــ في نظري ــ بان التعديل لم محقق فائدة بل انتقص من ضمانات الحصوم ومن الوسائل المحدية في حسن الوصدل الى نتيجة يطمأن المها في فحص الطعن ، ثم هو ليس بالعلاج الملائم لتأخير الفصل في الطعون وُاشْكُ فِي أَنه يؤدي الى سرعة انجازها ، فهنالك النيابة العامة والمستشار المقرر لايقيدهما ميعاد في دراستهما للقضية والتقدم بالرأى أو التقرير فيها . وهنالك العسر في دراسة الطعون في هذه المرحلة بسبب عدم وجود مذكرات يتبادلها الحصوم فتلتى ضوءا على مقاطع النزاع في الطعون . كما مكن التأكيد بأن التعديل : كما صدر ، لم يكن له من المررات مايقتضي اصداره على هذا الوضَّم ، ولن يكون له أثر يذكر في وضَّع حد لبطء انفصل في الطعون . وقد سبق أن ذكرنا أن التشريع الفرنسي قد الغي مثل هذه الدائرة لأنها تعطل الفصل في القضايا ولا تساعد على انجازها بعد تصفيه واستبدل مها نظام تعدد الدوائر المدنية وما الها ، وكان الاجدر بالمشرع المصرى أن ينحو هذا النحو فيضمن انجاز الفصل في الطعون دون أن يعرض النظام الذي كان قائمًا قبل التعديل والضمانات التي كان يكفلها الى هزات لاتؤمن عواقبها . ولا أظن أن عيوب هذا النظام ، وهي التي كانتسببا في العدول عنه في فرنسا والدول الَّتي نحت نحوها ، قد عولجت في هذا التشريع علاجا حاسما .

⁽١) وإن كان الملاحظ أن الوصول الى تقرير أن الفصل فى الطمن يقتضى تقرير مبدأ قانونى جديد لم يسبق لهكمة التقض أن قررته ، الوصول الى ذلك فى ذاته ليس بالأمر اليسير الني سيضح دائماً لدائرة فحص الطمون ، فقد ترى هى يتقدير ها الثلاثى أن الأمر لا يقتضى تقرير مبدأ جديد أو أن محكمة التقض قد قروت مبادى، فى هذا الشأن فعلا ، مع أنه لو ترك الأمر الى الدائرة المساسية لوأت غير ذلك الرأى .

ونلاحظ أحرا أن المشرع المصرى قد حوص – في التعديلات التي أدخلها على القواعد الحاصة بطريق الطعن بالنقض منذ صدر قانون المرافعات الجديد – على التخفيف على الدائرة المدنية لتستطيع أن تنجز ما هو معلق من طعون تتزايد مع الوقت و لتستطيع أن تفرغ لها ، مطرحا ما عدا ذلك من اعتبارات ، ولذلك رد نوع الأحكام التي يجوز الطعن فيها بطريق النقض في سنة ١٩٣١، مع أن الوضع كان عند انشاء المحكمة ، وفي هذا الحصوص ، موقوتا باستقرار العمل في الحكمة الجديدة وتدعيم أركانها وعدم اغراقها بالطعون في بواكبر نشأتها . ولما صدر القانون الجديد للمرافعات في سنة ١٩٤٩ وسع من نطاق الأحكام التي يصح الطعن فيها بالنقض لتشمل الأحكام وسع من نطاق الأحكام التي يصح الطعن فيها بالنقض لتشمل الأحكام معملا ذلك كا سبق أن قلنا بأن الأعتبارات التي دعت الى التضييق السابق قد زالت وأن الوقت آن لاتاحة الفرصة لاصلاح عيب هذه الأحكام وتثبيت المبادئ القانونية التي ثيرها . وكان طبيعيا أن محتاط المشرع الضغط المنتظر المبادئ القانونية التي تشرها . وكان طبيعيا أن محتاط المشرع الضغط المنتظر على محكة النقض فاضاف الها دائرة مدنية جديدة .

ولكن المشرع ما لبث أن استبعد هذه الأحكام ، وأعاد الحالة الى ما كانت عليه قبل الهمل بالقانون الجديد ، ومهلت محكمة النقض لهذا التخفيف بأن بقيت مقتصرة على دائرة مدنية واحدة . وجاء التشريع موضوع هذا البحث فخطا خطوة ثانية في سبيل التخفيف على هذه الدائرة متسكا دائما بفكرة انجاد دائرة مدنية واحدة ومعالجا كثرة الطعون متضحا الفصل فيها بانشاء دوائر لفحص الطعون مع ما محيط اجراءاتها من إضعاف لكثير من الضهانات التي محرص القانون دائماً على توفيرها وخاصة أمام الحكمة العليا لكي محمى بها صوالح المتقاضين في هذه المرحلة الحاسمة ، ولكي يتبع الفرص لدراسة الطعون دراسة وافية تستقر بها المدائ وتنوحد بها كلمة القانون .

وكان الغرض في نظرى يتحقق من طريق ريادة عدد الدوائر المدنية أو زيادة عدد الجلسات أو بالأمرين معا ، فتبي الفيانات قائمة ويتحقق انجاز الطعون في وقت ملائم دون عنت أو أرماق ، ولأمكن أن تتفادى بذلك تعديلا ، مهما قبل في الدفاع عنه ، لا يمكن انكار أثره في اضعاف كثير من الفيانات الى كان يكفلها نظام النقض قبل هذا التعديل لمصلحة الحصوم ورعاية جانب القانون .

ولكنها تجربة أمانها الرغبة المشروعة والقصد الطيب فى اصلاح الحال سيكشف العمل عن مدى صلاحيتها لتحقيق الهدف المقصود مها.

كتاب اغاثة الامة بكشف الغمة

لتقى الدين احمد بن على الحقريث

فشر الدكتور محمد مصطفى زيادة والدكتور جمال الدين الشيال (الطبعة الثانية ، مطبعة لحنة التأليف والترجة والنشر، ٧ ٩٥٧)

للركتور حسين فهمى عبد الكلية

الدراسات الاجماعية قديمة ما وجد المجتمع المنظم ، غير أن الصفة العلمية لم تلحق هذه الدراسات الا بعد تقديم العقل المهجى ، أي أنها اكتسبت صفتها العلمية من تقدم الدراسة المهجية . وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن العلوم الاجماعية في مختلف أنواعها ليست مستحدثة ، بل أن ها أصولا ترجع الم العصور السابقة .

والدراسة الاقتصادية هي دراسة اجباعية ما في ذلك شك ، والفكر الاقتصادي قديم كذلك ، أي منذ عصر اليونان والرومان ، والعصور الوسطى على أن الفكر الاقتصادي لم يكتسب صفته العلمية الا بعد أن كتب آدم سميث، سنة ١٧٧٦ كتابه الذي عنوانه ، ثروة الأمم ، واتبع فيه طرق الدراسة المنهجية ولا عجب فان آدم سميث كان أستاذاً للمنطق والفلسفة ، قبل أن يكتب كتابه هذا في الاقتصاد السياسي .

وما كان العرب متخلفن فى هذا المضيار ، لأن الأفكار الاقتصادية دراسات اجباعية أولا ، وما زالت الدراسات العربية الاجباعية مهلا عذباً يغترف منه الباحثون ، ويرون فيه معينا لا ينفد . وبلغ الفكر الاقتصادى العربى ذروته فى القرن الحامس عشر الميلادى ، حن خضعت مصر لسلاطين المماليك المعروفين باسم الجراكسة ، أى منذ أواخر القرن الرابع عشر المماليك المعروفين باسم الجراكسة ، أى منذ أواخر القرن الرابع عشر الاماليك المعروفين) . ذلك أن مصر عانت فى عهد أولئك السلاطين أنواع الآلام والمظالم ، وساءت الأحوال فها بين الناس ، فكان الفلاحون مثلا متنعون عن جلب ماشيتهم وحاصلاتهم للبيع بأسواق القاهرة ، خشية مصادرة الحكومة المملوكية لها وشرائها بأغس الأثمان ، كما كان العدل يباع كالسلعة عنص به أكبر مزايد . وكانت البلاد من آونة الى أخرى تنتابها الأوبئة والطواعين والغلاء بسبب فقر النيل وشرق الأراضى . ويقول المقريزى انه في عهد السلطان فرج (١٣٩٩ – ١٤٠٥م) و عظم الفلاء والفناء فباع أهل الصعيد أولادهم من الجوع ، وصاروا أرقاء مملوكن ، وشمل الحراب الشنيع عامة أهل مصر * (١) ، وهبط تعداد السكان الى الثلث ، كما كان السلاطين عاجزين عن كبع حماح أعوانهم .

والنظريات الاقتصادية انما تتأثر بالبيئة التي يعيش فيها أصحابها واليك الدليل: فنظرية مالتس فى السكان تأثرت بالأوضاع التي كانت عليها انجلترا فى القرن الثامن عشر ، وكذلك نظرية ريكار دو فى الربع ، بل أن نظريات كينز فى مكافحة البطالة ـ وهو الاقتصادى المعاصر ـ تأثرت بالأحوال الاقتصادية العامة بعد الحربين العالميتن الأولى والثانية . وعلى هذا القياس لم يكن غربياً أن يظهر وسط الفوضى التي عمت مصر خاصة فى القرن الحامس عشر عدد من المؤلفين المعنين بالمسائل الاجتماعية والاقتصادية ، أمثال عبد الرحن ابن خلدون وأحمد ابن الدلجى وأحمد المقريزى .

كتب ابن خلدون مقدمته فى الحضارة ونشوئها ، ومقومات الحياة الاقتصادية ومشاكل السكان ، وانتاج الثروة ومقاييس الحضارة ، وشرح أثر الظلم فى خواب العمران ، وكيف يسرى الحلل الى الدولة ، وكيف يكون انحلال الدول وسقوطها . أما أحمد ابن الدلجى فتناول فى أمحاثه الفقر والفقراء . وأسباب الفاقه ومكافحها ، وهو ينحى كزميله ابن خلدون منحى تاريخياً اجهاعياً ، على أن المقريزى ممتاز عن زميليه فى أنه عالج الموضوعات الاقتصادية فى كتاب « اغاثة الأمة لكشف الغمة » علاجاً تحليلياً فريداً .

⁽١) الخطط المقريزي ص٢٤١ وما بعدها، الجزء الثاني في ذكر دولة المماليك الجراكسة.

وكتاب و اغاثة الأمة » عرض اقتصادى لما اجتازته مصر من عن الغلاء والشرق منذ الطوفان الى عصر المقريزى (١٣٦٧ – ١٤٤٢م) ، وهو محتوى كذلك على فصل يتحدث فيه الموالف عن أسباب هذه المحن ، ويوجزها في ثلاثة (١) :

(أولا) ولاية الحطط السلطانية والمناصب الدينية بالرشوة ، فتولاها الجهلاء والمفسدون .

(ثانياً) غلاء امجار الأطيان وزيادة نفقات الحرث والبذر والحصاد على ما تغله الأرض . "

َ (ثَالِثًا) رواج الفلوس وكانت نقداً قليل القيمة ، على حين يرى المقريزي أن سلامة النقد انما ترتكز على الذهب والفضة .

ويتبع المقريزى بنبذة فى تاريخ العملة فى الدول الاسلامية عامة ومصر خاصة ، ثم يتحدث عن طبقات المحتمع باسهاب ، ويشرح مستويات الأسعار فى عصره ، وخاصة أسعار المواد الفذائية وتقلباتها ، وأثر هذه التقلبات فى مختلف طبقات المحتمع ، ثم يصف ما يراه من علاج لهذه الأحوال الاقتصادية .

وأشهد أنى حن قرأت هذا الكتاب أعجبت به اعجاباً شديداً ، فهو محوى بن دفتيه عرضاً لنظريتن من النظريات الاقتصادية الحديثة المعقدة تتصل احداهما بالأزمات ودوريها ، والثانية خاصة بتثبيت النقد وعلاج تدهوره

فالنظرية الحاصة بالأزمات ودوريها ما زالت الى الآن وخصوصاً في الولايات المتحدة ـ قطب الرحى في الدراسات الاقتصادية، واتصالها بالنظام الاقتصادي الرأسمالي بعد التطورات الصناعية الحديثة وثيق . واختلف الاقتصاديون المحدثون في تعليل هذه الظاهرة ؛ أما علاجها فيكاد يكون أمراً عسراً ، فضلا على أن وسائل مكافحها مثار للخلاف الشديد . ويرزح عسراً ، فضلا على أن وسائل مكافحها مثار للخلاف الشديد . ويرزح أنهم

⁽١) أنظر ص ٤١ من الكتاب.

محكم التوجيه الاقتصادى استطاعوا أن يقللوا من آثارها . ثم أن هذه الأزمات أصبحت عالمية فى شكلها ، فتنشأ فى دولة من الدول الصناعية الكبرى ، ثم تنتشر مها لملى الدول الأخرى الصناعية والزراعية ، والناس فى تعليلهم وفى امجاد الحلول لها حيارى .

وكانت الحياة في مصر في عهد المقريزى حياة زراعية ، تتعاقب علمها السنوات السيان والعجاف؛ ولذلك فان عالما ضليعا كالمقريزى لابد أن يشهد له بسعة التفكر وعمقه عند ما يحاول أن يفسر هذه الظواهر تفسيراً علمياً . فاذا علمت بعد ذلك أن هذه التفسيرات تتسم بالطابع العلمي والتحقيق الدقيق أيفنت أن عقلية المقريزى كانت جبارة حقاً ، مجيدة حقاً ، وأنها بعد ذلك جديرة بالاعجاب الشديد .

⁽١) أنظر ص ٧١ من الكتاب.

والمقريزى هنا يوضح ظاهرية اقتصادية فى غاية السلامة ، وهى أن النقود الرديئة تطرد النقود الجيدة من التداول ، وكانت الفلوس نقداً رديئاً بالنسبة للدينار أو الدرهم ، فطردتهما من السوق . وهذه القاعدة الاقتصادية تعرف بقانون جريشام ، نسبة الى الاقتصادى الانجليزى المعروف الذى عاش فى القرن السادس عشر الميلادى ابان حكم الملكة البزابث فى انجلرا ، أى أن المقريزى أوضح هذه القاعدة قبل مائة سنة تقريباً من مولد جريشام ، وانظر وتعجب !!

ثم يستطرد المقريزى بعد ذلك فيوضح أثر الاسراف في اصدار الفلوس واستخدامها عملة رئيسية ، ويقسم المحتمع الى طبقات ، ويوضح أثر التضحم في حالة هذه الطبقات ، موضحاً أن أفراد الطبقات ذات الدخل الثابت هم الذين يتأثرون تأثراً واضحاً بهذا التضخى .

وتظهر عبقرية المقريزى واضحة كل الوضوح عند ما يحاول معالجة هذه الحالة النقدية المفسطرية ، مع العلم بأن المسائل النقدية ومعالجها أمر عفوف بالمصاعب ، وأن التفكير فها شاق حتى عند علماء الاقتصاد ، وأشق منه وسم السياسات النقدية . أما المقريزى فانه فعلن الى ضرورة الرجوع أولا الى الذهب والفضة أساساً للتداول ، فالنقود المعتبرة انما هى الذهب والفضة ، وما عداهما لا يصلح أن يكون نقداً ، أما الفلوس فيقتصر صرفها في محقرات المبيعات ، أى في الصفقات الصغيرة . ويترتب على ذلك هبوط الأسمار ، لأن كمية النقود المتداولة بعد استبعاد الفلوس من الصفقات الكبيرة ستقصر على وحدات أقل من الذهب والفضة ، وسيقتصر على استخدام الفلوس نقوداً مساعدة للصفقات الصغيرة ، فتكون أكثر من الحاجة ، وعما قليل لا تكاد توجد ه لضرب الناس لها أواني » (۱) — على قوله — ، أى تحقق في البوتقة على قول الاقتصادين المحدثين !! ولعمرى انه لتفكير صليم ، بل لست أطن أن علماء الاصلاح النقدى المحدثين يستطيعون أن يضيفوا شيئاً جديداً الى هذا الاصلاح القديم .

⁽١) أنظر ٨١ من الكتاب.

أما بعد .. فان اخراج طبعة ثانية من كتاب و اغاثة الأمة بكشف الغمة ه خدمة جليلة في سبيل احياء الفكر الاقتصادى العربي ، و لذلك فان ناشريه الأستاذين زيادة والشيال يستحقان أعمق الشكر على مجهودهما القوم ، ونرجو أن يكون لنشر هذا الكتاب ما بعده ، والله الموفق ...

أساس القانون الإدارى ونطاق تطبيقه بحث ف بيان أثر فكرة المرافق إلىامة وفكرة السلطة ف تكون القانون الادارى وفى تحديد نطاق تطبيقه

> بقلم الدكتور محمد فؤاد مهنا أستاذ القانون المام بجامة الاسكندية

> > عهد.

تختلف مبادئ القانون الادارى في طبيعها عن مبادئ القانون الخاص. فالقانون الادارى ، باتفاق الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر ، يتميز بأنه يمنع الادارة حقوقاً وامتيازات خاصة لا يتمتع عثلها الأفراد . وهو لا يعامل الحاضمين لأحكامه على قدم المساواة كما هو شأن القانون المدنى وغيره من فروع القانون الحاص ، ولكنه يرعى جانب المصلحة العامة ويفضلها دائماً على المصلحة الحاصة ، ويفرد السلطة العامة الأمينة على هذه المصلحة العامة مركز أمتمزاً عن مركز الأفراد الذين تتعامل معهم أو ترتبط بم برابطة من روابط القانون .

وليس معى هذا أن السلطة الادارية لا تخضع فى كل أعمالها وتصرفاتها لغير أحكام القانون الادارى ، فأن جانباً من نشاط هذه السلطة بخضع لأحكام القانون الحاص ، بل أن هذا الجانب قد اتسع نطاقه فى العصر الحديث تبعاً لتطور النظام الاجماعى والاقتصادى .

غير أن ه القانون الادارى ، لا يشمل قواعد القانون الحاص التى تسرى على السلطة الادارية فى علاقاتها بالأفراد فى بعض الأحوال ، ولكنه يقتصر على المبادئ والقواعد التى تحتلف عن مبادئ وقواعد القانون الحاص وتتميز عبا بأنها تمنع الادارة فى علاقها بالأفراد حقوقاً وامتيازات خاصة لا يتمتع علها الأفراد فى ظل القانون الحاص ، وهذه هى وحدها المبادئ والقواعد التى يشملها تعريف القانون الحاص ، وهذه هى وحدها المبادئ والقواعد التى يشملها تعريف القانون الادارى بوصفه فرعاً مستقلا من فروع القانون .

حقيقة يلاحظ أن القانون الحاص يتجه فى تطوره الحديث نحو رعاية المصلحة العامة فى صورة تحمل معنى التقارب بين مبادئ القانونين العام والحاص . لكن مبادئ وقواعد القانون الأدارى لا تزال مع ذلك ورغم هذا التطور مختلفة ومستقلة عن مبادئ وقواعد القانون الحاص .

والقانون الأدارى ، جذا التحديد ، أثار أخيرا فى فرنسا وفى مصر وما يزال يثمر نقاشاً فقهياً حول تحديد الأساس الذى يقوم عليه بناؤه وحول تحديد نطاق تطبيق مبادئه وأحكامه .

ثار هذا الجدل الفقهي أولا في فرنسا مهد القانون الأدارى وانهى السنوات الأخرة الى خلق حالة من الشك في سلامة مركز القانون الأدارى في المصر الحديث وسلامة الأساس الذي قام عليه بناؤه منذ نشأته وهو فكرة المرافق العامة. وبدأنا نقرأ للفقه الفرنسي موافقات ومحوث تتحدث عن أزمة القانون الادارى (۱) وأزمة المرافق العامة . وأعلن بعض الفقهاء في صراحة انقضاء نظرية المرافق العامة وزوال أهميتها كأساس للقانون الأدارى . وتردد صدى هذا الجدال الفقهي الفرنسي في مصر وكان له أثر ظاهر في بعض الموافقات والبحوث التي ظهرت أخيراً عندنا .

ونظراً لأن مبادئ القانون الأدارى وأحكامه غبر مقننة وأن مهمة إنشائها تقع أولا على عانق القضاء والفقه ، فان البحث في تحديد الأساس أو المعيار الذي يرجع اليه في بناء القانون الأدارى وفي تحديد نطاق تطبيقه يعتبر بحق أهم ما بجب أن توجه اليه عناية القضاء والفقه في الوقت الحاضر .

ولهذا رأينا أن نقدم هذا البحث نعرض فيه رأينا في تحديد أساس القانون الأدارى في مصر والمعار الذي يتعن الرجوع اليه في تحديد نطاق تطبيقه .

Waline: Situation acuelle du droit admimistratif en france. Juris - (1) classeur administratif: Preface: Drago: Les erises de la notion d'établissements publics 1950; De corail: La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français 1954

أساس القانون الإدارى ونطاق تطبيقه في فرنسا

يرجم الفضل في إنشاء مبادئ القانون الأدارى الفرنسي الى جهود مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص . وأحكام هاتين المحكتين هي المصلا الحقيقي لمبادئ القانون الادارى في فرنسا . ويكاد دور الفقه الفرنسي ينحصر في استخلاص المبادئ التي تتضمنها هذه الأحكام وتفسيرها وتحديد نطاقها وإقامة نظريات عامة القانون الأدارى على أساسها .

وقد أقام القضاء الأدارى الفرنسى بناء القانون الأدارى على أساس فكرة المرافق العامة . فكان ينشئ المبادئ التى تلائم نشاط المرافق العامة وتكفل لها سيراً منتظماً في تحقيق أهدافها ، كما كان محدد نطاق تطبيق القانون الادارى واختصاص القضاء الأدارى بالرجوع ألى فكرة المرافق العامة .

وكانت المرافق العامة فى المرحلة الأولى من تاريخ حياة القانون الأداوى كلها تقريباً مرافق إدارية بحتة يمكن تعريفها بأنها ونشاط إدارى يعجز الأفراد والجماعات الحاصة عن القيام بمثله (أو لا يجلون مصلحة فى القيام بمثله) تقوم به سلطة إدارية مستخدمة فى إدارته ما تتمتع به بوصفها سلطة عامة من امتيازات ووسائل (حقوق السلطة وامتيازاتها) ع.

ولهذا فقد كان القانون الأدارى فى تلك المرحلة هو حقاً قانون المرافق العامة أي القانون المرافق العامة أوجه نشاطها . العامة أي القانون الذي يحكم المرافق العامة كذلك هي المعيار الذي يرجع اليه فى تحديد اختصاص القضاء الأدارى . وعلى أساس قضاء مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص أنشأ فريق من فقهاء القانون العام فى فرنسا وعلى رأسهم Bonnard, Jèze, Duguit

غير أنه مع تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية اتسع ميدان نشاط الدولة الادارى وبدأ تدخل الدولة في الميدان الاقتصادى ، فأنشثت مرافق عامة صناعية وتجارية لم تعد تلائمها المبادئ والأحكام السابقة التي أنشأها القضاء لتحكم المرافق الادارية .

وتبع هذا التطور في تحديد ميدان نشاط الدولة ، تطور آخر في أحكام القضاء الادارى . فقضى مجلس الدولة في بعض أحكامه بأن القانون الادارى لا يطبق بصفه مطلقة على كل الروابط والعلاقات المتعلقة بالمرافق الصناعية والتجارية ، ولكنه يطبق على جزء معن مها فقط ، ويطبق القانون الخاص على جزء آخر، عمى أن هذه المرافق تخضع للقانونين العام والحاص معاً . وقضى كذلك بأن القضاء الادارى لا مختص بنظر كل المنازعات المتعلقة بالمرافق العامة ولكن القضاء العادي مختص ببعض هذه المنازعات المتعلقة .

وقد أحدث هذا التطور فى محيط الفقه الفرنسى أثرًا محتلفاً بالنسبة لأنصار نظرية المرافق العامة وخصومها .

فأنصار نظرية المرافق بقوا على ولائهم لهذه النظرية وإن كان بعضهم قد عدل نظرته الها وأنشأ نظرية معدلة للمرافق العامة تتفق والتطور الجديد في أحكام القضاء . وعلى رأس هوالاء في فرنسا Buttgenbach ، وفي بلجيكا Buttgenbach

أما خصوم نظرية المرافق العامة فقد كان منهم أقلية على رأسها Hauriou أعلنت عداءها لنظرية المرافق العامة منذ بدء ظهورها ، وهؤلاء كانوا يرون من مبدأ الأمر أن أساس القانون الأدارى هو فكرة السلطة لا فكرة المرافق العامة .

ومنهم فريق آخر اتحد من هذه الأحكام القضائية سنداً لمهاخمة فكرة المرافق العامة والدفاع عن فكرة السلطة في صور محتلفة . ومن هذا الفريق الأحمر من اكتفى سهدم فكرة المرافق العامة كأساس للقانون الأدارى دون أن محاول اقامة أساس جديد مكانها . ونتكلم فيا يلى عن فكرة المرافق العامة وثطورها ثم عن فكرة السلطة في صورها المختلفة

(أولا) نظرية المرافق العامة :

مومسو هذه النظرية فى فرنسا ثلاثة من أعلام فقه القانون العام هناك ، وهم Duguit في قوله . وتلخص نظرية Duguit فى قوله . والمخصأ يتمتع بالسيادة والسلطان لها إرادة ذاتية أعلى من إرادة الأفراد ، ولكما مجموعة مرافق عامة تعمل لحلمة المجتمع وتوفير المقومات لحياة اجهاعية سليمة . والقانون لا يستمد قوته الملزمة من سلطان المولة وإرادتها العليا ، ولكنه يستمدها من طبيعة القاعدة القانونية ذاتها وموافقها لحاجات الهرافق العامة (١) .

والقانون الادارى وفقاً لهذه النظرية هو قانون المرافق العامة يستمد قوته الالزامية من موافقته لحاجات المرافق العامة وصلاحيته لتحقيق أغراض المرافق العامة وضيان سرها بانتظام واطراد فى خدمة المحتمع وتوفير المقومات لحياة اجهاعية سليمة .

فهو ينشأ لتحقيق أغراض المرافق العامة ويستمد قوته الالزامية من موافقته لحاجات المرافق العامة ويتحدد نطاق تطبيقه بالرجوع للمرافق العامة . بمعيى أن السلطة العامة لا تملك أى حق من حقوق السلطة ولا يكون استخدامها لحقوقها وامتياز آمها مشروعاً خارج نطاق المرافق العامة وأغراضها .

فالموظف العمومى يكتسب هذه الصفة لأنه يعمل فى خدمة مرفق عام ولأن ضان سير المرافق العامة يوجب انشاء قواعد مستقلة تسرى على الموظفين الذين يعملون فى خدمة المرافق العامة ، هذه القواعد المستقلة هى قواعد القانون الادارى .

والعقود الادارية تخضع لقواعد مستقلة تختلف عن قواعد العقود المقررة فى القانون المدنى لأن هذه العقود تتعلق بتنفيذ مرفق عام ولا يمكن ضيان سير هذه المرافق اذا أخضعنا مثل هذه العقود للقواعد المدنية .

Duguit: Traité 3 em od . T 1 . P 223 (1)

ومسئولية الأدارة عما يقع منها من أخطاء فى إدارتها للمرافق العامة لا تحكمها قواعد المسئولية المدنية وانما تخضع لقواعد مستقلة ، هى قواعد المسئولية الادارية . وهكذا بالنسبة لكل أوجه نشاط المرافق العامة (١) .

وكذلك يتحدد اختصاص القضاء الأدارى بالرجوع الى فكرة المرافق العامة فلا تكون محاكم القضاء الأدارى مختصة بنظر النزاع الا اذا كان متعلقاً بمرفق عام .

هذه هي نظرية المرافق العامة كما أنشأها موسسو مدرسة المرافق العامة (٢) ، وأهم ما يميز هذه النظرية أنها تفرض على سلطان الآدارة قيوداً خارجة عن إرادتها في صورة المرافق العامة، فلا يتاح لها أن تستخدم حقوقها وامتيازاتها كسلطة عامة إزاء الآفراد الاحيث يكون عملها متعلقاً بمرفق عام (٣) . وقد أقر بجلس اللولة ومحكمة تنازع الاختصاص هذه النظرية في مجموعة من أهم أحكام المبادئ التي أصدرها ، كان أولها الحكم الصادر في قضية Blanco النهقة (٤) وظلمت عنمظة بهذا التأييد من جانب الفقه (١) وظلمت محتمظة بهذا التأييد من جانب الفقه (١) وظلمت محتمظة بهذا التأييد من جانب الفقه والقضاء زمناً غير قصير (٥) .

تعلور نظرية المرافق العامة: الى سنة ١٩١٤ كانت المرافق العامة بوجه عام كلها مرافق إدارية وكان من السهل تعيين الحد الفاصل بين نطاق تطبيق القانون الأدارى ونطاق تطبيق القانون الحاص . وبين اختصاص القضاء العادى واختصاص القضاء الأدارى ، بالرجوع الى المرفق العام ، وفقاً لرأى أنصار مدوسة المرافق العامة .

⁽١) عملي أن أموالها تعتبر أموالا عامة وحساباتها حسابات عامة وهكذا .

Bonnard 'Jeze' Duguit . (Y)

Buttgenbach : Théorie générale des Modes de gestion des services (v) publics en Belgique 1952 p 4 -9 .

De laubadere : Traité de droit administratif 1953 p 42 no 48 (¿)

⁽ه) أنظر Conseil d'etat etudes et documents 1954 P 22

غير أنه بعد سنة ١٩٩٤ زاد عدد المرافق الصناعية والتجارية زيادة كبيرة وظهر منها أنواع تباشر نفس النشاط الذي يتولاه الأفراد ، وزاد اشتراك الأفراد في أعمال النفع العام التي تقوم بها الحكومات (١) وظهرت المشروعات الخاصة ذات النفع العام، وأصبع القانون الحاص يطبق على المرافق الصناعية والتجارية ، كما منحت المشروعات الحاصة ذات النفع العام بعض امتيازات المرافق العامة (٢) . وكان من أثر هذا التطور بالنسبة لنظرية المرافق العامة أن المرافق العامة لم تعد وحدها معياراً كافياً لتعين الحد القاصل بين نطاق تطبيق القانون الخاص ، وبين اختصاص القضاء الأدارى ونطاق تطبيق القانون الخاص ، وبين اختصاص القضاء الأدارى، كما كان الحال قبلا (٣) . وبدا افتضاء العادى واختصاص القضاء الأدارى، كما كان الحال قبلا (٣) . وبدا في المنازعات الحاصة بالعقود المتعلقة بالمرافق العامة الصناعية والتجارية بأن العقد لا يعتبر إدارياً إلا إذا تضمن شروطاً استثنائية تغاير الشروط التي تنضمها عادة عقود القانون الخاص (٤) . واستند خصوم نظرية المرافق العامة الى هذه الأحكام المقول بانقضاء نظرية المرافق العامة (٥).

غير أن جمهور الفقهاء يرون الى اليوم برغم هذا التطور ، أن نظرية المرافق لا تزال باقية كنظرية أساسية من نظريات القانون الأدارى (٦٠ ،

⁽١) عن طريق شركات الامتياز و شركات الأقتصاد المختلطة والنقابات المهنية .

De Laubadère (۲) المرجم السابق ص ٤٦ ، ٤٧

 ⁽٣) ظلت المرافق الدامة الإدارية وحدها هى المعيار الذي يصلح وحده أساسا القافون
 الإدارى أما غير المرافق الإدارية فلم تعد تصلح وحدها أساسا لتحديد نطاق تطبيق القافون الإدارى
 وتحديد اختصاص القضاء الإدارى.

⁽¹⁾ Clauses excribitantes du droit Commun (1) أنظر الاشارة لحلم الأحكام في مقال (1) السابق الإشارة الله (12 Conaeil d'etat : etudes et documedts 1954 P (23) وكذلك (نو مقال Walline السابق الإشارة الله (12 Juris - Clauseur administratif, Preface)

⁽٥) سوف نشرح بالتفصيل رأى هذا الفريق من الفقهاء ، في الفقرة التالية

⁽٦) De Laubadère المرجع السابق ص ٦٦ه فقرة هه ١٠ وأنظر أيضا ==

ويرون كذلك أن وجود المرفق العام لا يزال شرطاً أساسياً لازماً لتطبيق أحكام القانون الادارى . وكل ما أحدثه التعلور الحديث في مركز المرفق العام كمبيار لتطبيق أحكام القانون الادارى ينحصر في أن وجود المرافق غير الادارية (الصناعية والتجارية والمهنية) لم يعد وحده كافياً للقول باخضاع الروابط القانونية التي تتعلق بنشاط هذه المرافق لسلطان القانون الادارى واخضاع الزاع الذي ينشأ عها لسلطان القضاء الادارى . وقد أقر مجلس الدولة هذا الرأى في بعض أحكامه (۱).

== Railland : Precis de droit administratif 1937 P 1 et 16; Waline : Manuel elementaire de droit administratif 1936 P 336 et la 6em ed P 306 ; Duez et Debeyre : Traite de droit administratif 1953 P. 536

بل أن الأستاذ Ralland يعتبر المرافق العامة أساس القانون الادارى وإن كان قد عمد الى تطوير فظرية المرافق العامة بحيث تلائم الظروف الجديدة. وهو يعرف القانون الإدارى طبعة صنة ١٩٣٧ بأنّه عجموع القراءد المتعلقة بتنظيم وسير المرافق العامة وتنظيم علاقة هذه المرافق بالأفراد » (Ralland : Precis de droit administratif P.1)

De Laubadére : Traite, P. 47 (1)

(٣) يلاحظ أن نفس الأحكام التي استند اليها خصوم نظرية المرافق العامة في التدليل على انقضاء فكرة المرافق العامة كأساس للمتانون الادارى تشير كلها بصراحة الى المرافق العامة وتقيم الحكم في النزاع المعروض عليها على أساس المرافق العامة وإن كالت تشترط لتقرير اختصاص الفضاء الادارى وتطبيق أحكام الفافون الادارى توافر عنصر تكميل آخر .

(ثانياً) نظرية السلطة (١) :

تقوم هذه النظرية على أساس أن الدولة تتمتع عق السيادة والسلطان ، ولما تعضع سلطالها وله تبعاً لذلك إرادة ذاتية أعلى من إرادة المحكومين ، ولا تحضيع سلطالها لأى قيد الا ما تفرضه هي على نفسها بارادلها من قيود . والأدارة ، بوصفها سلطة عامة تتمتع بجزء من سلطان الدولة ، لا يمكن أن تخضع لسلطان القانون آخر العادى الذى ينظم الروابط والعلاقات بين الأفراد ، وانما يحكمها قانون آخر مستقل عن القانون العادى ، محدد حقوقها وامتيازاتها واختصاصاتها . مستقل عن القانون العادى ، محدد حقوقها وامتيازاتها واختصاصاتها . وهي وحدها مما لها ما من إرادة ذاتية عليا هي التي تنشئ قواعد هذا القانون .

وأخطر عيوب هذه النظرية فى صورتها الأصلية أنها تطلق يد السلطة العامة فى مباشرة نشاطها دون أن تفرض على سلطانها أى قيد خارج عن إرادتها ، فهى لا تقدم لنا معياراً يرجع اليه فى رسم حدود سلطة الادارة وامتيازاتها إزاء الأفراد ، اللهم الا ما تفرضه على نفسها من قيود(٢).

هذه هي فكرة السلطة التي يعتبرها فريق من فقهاء القانون العام الفرنسي^(٣) أساس القانون الاداري , غير أنه يلاحظ أن أنصار هذه النظرية

= الاداري رزة راختصاص الغضاء الاداري (de service public 1954 P. 187 المناح ال

La puissance publique (1)

Auto - Limitation (Y)

Rivero, Berthelemy; Hauriou, Vedel من أبرز أفصار هذه النظرية في فرنسا (٣)

Berthelemy: Traite elementaire de droit administratif onzieme ed 1926;

أنظر supplement a la 13em
ed. du Troite 1938; Hauriou: Precis elementaire de droit administratif 3 eme ed
1933; Vedel: Conseil d'etat: etudes et documents 1934 P 21 et suiv,

اختلفوا فى مجال التطبيق ، فى تصويرهم لها . فرسم لهاكل منهم صورة عملية تخالف الصورة التى رسمها غبره .

فقبل أن تظهر نظرية المرافق العامة وتشغل مكانها المرموق الذي سبقت الأشارة اليه في محيط الفقه والقضاء الفرنسيين ، كان أنصار نظرية السلطة يرون أن أعمال السلطة الأدارية نوعان : أعمال سلطة (١) وأعمال إدارة مدنية (٢) . وأن أعمال السلطة هي تلك التي تصدر في صورة أوامر ونواهي Actes de commandement وهذه الأعمال وحدها هي التي تخضع للقانون الاداري ويدخل نظرها في اختصاص الفضاء الاداري . أما أعمال الادارة المدنية فهي الأعمال التي لا تأخذ صورة الأوامر والنواهي كالمقود . وانما محكمها القانون الأداري ولا في اختصاص القضاء الاداري اختصاص والما محكمها القانون الخاص وتدخل المنازعات التي تنشأ عنها في اختصاص عاكم القضاء المادي .

وعلى هذا يكون المرجع في تحديد أساس القانون الادارى ونطاق تطبيقه في نظر أصحاب هذا الرأى ، هو طبيعة العمل الذى تقوم به الأدارة . فاذا كان من أعمال السلطة كان القضاء الإدارى هو المختص وكان القانون الأدارى هو الواجب التطبيق . أما اذا كان عملا من أعمال الأدارة المدنية فأنه يخضع للقانون الحاص ولقضاء المحاكم العادية .

ويعتبر من أعمال السلطة على هذا الأساس الأوامر التي تصدرها سلطات البوليس لصيانة الأمن العام بعكس العقود التي تعقدها السلطة الادارية فانها تعتبر كلها من أعمال الادارة المدنية ولو كانت متعلقة بمشروعات تنفذها الادارة العامة بمقتضى ما لها من سلطة عامة . ولا يعتبر موظفاً عمومياً من عمال السلطة الادارية سوى أولئك الذين يكون لهم حق اصدار أوامر . ونواهى ملزمة ، وهؤلاء وحدهم يعتبرون في مركز قانوني أو لانحي

Actes d'autorite (1)

Actes de gestion (Y)

وفقاً لأحكام القانون الادارى . أما من عداهم فيعتبرون فى علاقهم بالدولة فى مركز تعاقدى ومخضعون لأحكام القانون المدنى (١١) .

وبعد ظهور المرافق الصناعية والتجارية وتغير نظرة القضاء الادارى إزاء نظرية المرافق العامة الكلاسيكية كما أوضحنا ذلك فيا تقدم عادت نظرية السلطة للظهور في صورة جديدة وان تكن غير مقطوعة الصلة بصورها الأصلة القدعة (٢).

وخلاصة نظرية السلطة في صورتها الجديدة أن أساس القانون الأدارى هو السلطة Ia puiseance publique لا المرافق العامة ، وإن القانون الادارى لا يطبق الا حيث تستخدم الادارة الامتيازات المقررة السلطة المامة (٣) أو حيث يوجد عمل أو تصرف يقوم على فكرة السلطة ، يممى أن طبيعة العمل ذاته ، وطبيعة الوسائل التي يستخدمها من قام بالعمل ، هي التي يرجع الها في تحديد نطاق تطبيق القانون الادارى واختصاص القضاء الادارى (١).

Berthelemy : Traite elementaire de droit adminstratif onzieme edition 1926 (\)
P 56 et 57 et 1087 - 1088

لم يعمل سِدًا الرأى إلا فترة قصيرة بدأ القضاء الإدارى بعدها يطبق نظرية المرافق العامة وبدأ جمهور الفقهاء ينتصرون انظرية المرافق العامة كا سبق البيان .

⁽٢) يقول الأستاذ Waline من نظرية السلطة في صورتها الحديدة أنها

[&]quot;Une tentative de rajeumissement d'une theorie longtemps dominante " (Waline : situation actuelle du droit adminstratif en France, Juris - Classenr adminstratif, Preface P. 6)

Waline: Juris - classeur administratif Preface P. 6 (r)

[&]quot;... c'est la nature du procede de droit utilisé, du comportement de (t)
l'auteur de l'acte, de loperation accomplie qui est a la base du regime
administratif et partant de la Compétance de la Juridiction administrative "
(De Corail: La Crise de la notion jurideque de service public en droit
administratif francais, preface de M. Couzinet P 10),

ويؤخذ على نظرية السلطة في هذه الصورة :

١ — انها تكاد تطلق بد السلطة الادارية في مباشرة نشاطها وفي استخدام وسائل السلطة في أداء وظائفها . فلا نكاد نتبن في صورتها السابقة معياراً عبداً يرجع اليه في تعرف مدى حق السلطة الأدارية في استخدام حقوق السلطة إزاء الأفراد وفرض القيود على حرياتهم وحقوقهم .

٧ - إنها وإن كانت تصلح أساساً لتحديد نطاق تطبيق القانون الادارى واختصاص القضاء الادارى بالنسبة للقرارات الأدارية والأعمال الى تنظوى على مظهر السلطة واستخدام السلطة الا أنها لا تصلح لتحقيق هذه الغاية حيث يكون العمل المنسوب السلطة الادارية خطأ أو أهمالا ، لأن الحطأ أو االاهمال عمل بطبيعته غير إرادى ولا يمكن تصور استخدام وسائل السلطة فيا يقع من أعضاء السلطة الادارية من أخطاء غير مقصودة . وعلى هذا فان تطبيق معيار السلطة يودى الى أن مسئولية السلطة الادارية عن خطأها تبقى دائماً وفي كل الأحوال خاضعة للقانون الحاص ولا ختصاص عن خطأها تبقى دائماً وفي كل الأحوال خاضعة للقانون الخاص ولاختصاص عن خطأها تبقى دائماً وفي كل الأحوال خاضعة للقانون الخاص ولاختصاص

٣ ــ أبها لا تتفق وأحكام القضاء الادارى الفرنسي في هذا الشأن.
 ذلك أن أحكاماً كثيرة لهذا القضاء لا تطبق فكرة السلطة ولا تستند البها
 في تحديد نطاق تطبيق القانون الادارى واختصاص القضاء الادارى (٣).

Waline : Juris - classeur administratif Preface P. 7 et 8 ; De Corall (1)
Préface P. 11 et 12

⁽٣) في الحكم الصادر في تضيية Stein يتاريخ ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ قرر مجلس الدولة أن الدولة حين تدير موفقاً صناعياً أو تجارياً توجد إزاء عملاء المرفق في نفس المركز الملوي يوجد فيه أي مقارل عادي اللهم إلا إذا وجدت شروط خاصة Clauses speciales أو ظروت خاصة متعلقة بدير المرفق Conditions particalieres de fonctionnement du service خاصة متعلقة بدير المرفق المنافقة المقود الحاديث » . ويستفاد تن من منطوق هذا الحكم أن مجلس الدولة لا يستند في إضاف صفة المقدد الادارية » . ويستفاد من منطوق هذا الحكم أن مجلس الدولة لا يستند في إضاف صفة المقد الاداري على المقود الحاديث المرفق المنافعية أن النجارية مع عملائها ، لا يستند المجلس في ذلك الى فكرة السلطة .

و في الحكم الصادر في قضية Jacquin يتاريخ 12 مايوسنة ١٩٤٨ أقرت المحكمة إختصاص الحاكم المعادية بنظر النزاع على أساس أنه ليس في ظروف عمل المرفق فيها يتعلق بالألعاب النارية التي يتولى تنفيذها ما يجعل هذه العملية مختلفة عن مثلها عا يتولاه الأفراد.

و معنى هذا أن الحكمة لم تستند فى تعيين المحكمة المختصة بنظر النزاع الى فكرة السلطة وإنما إكتفت بالاستناد إلى قيام تشابه قام بين العملية الى قام جا المرفق ومثلها نما يقوم به الأفراد (أنظر Walita للرجع السابق ص ٧ ° ، ٨) .

ويبدو ان يتأمل فيا كتبه Haurion بصدد تحديد أساس القانون الأدارى أن وان كان يويد فكرة السلطة كأساس القانون الأدارى (١) ، الا أنه لا يطلق يد السلطة العامة في استخدام حقوق السلطة وامتياز اتها ازاء الأفراد ، ولا يكتبى عا تفرضه هذه السلطة على نفسها من قيود بمحض إدادتها ، ولكنه يرى أن القيود المفروضة على حقوق السلطة العامة لم تعد تجود قيود إرادية اختيارية ولكها تحولت بارادة هذه السلطة الى قيود موضوعية فأصبحت بذلك نظاماً مفروضاً على السلطة العامة (٢).

ويكاد رأى هوريو يتفق مع رأى أنصار نظرية المرافق العامة فها تتعلق بالقيود المفروضة على حق الادارة في استخدام حقوق السلطة إذاء الأفراد. فهذه القيود تتركز في الحالتين في المرافق العامة . وينحصر الفرق بين الرأيين في المرافق العامة . وينحصر الفرق بين الرأيين الأزامية من طبيعة القاعدة القانونية ذاتها التي تستمد قوتها بدورها من المرافق العامة ، بينا يرى هوريو أن السلطة العامة هي التي قبلت بارادتها تقييد سلطتها بهذا القيد وأن هذا القيد تحول بارادتها من قيد اختيارى الى قيد موضوعي مأزم . والفارق بين الرأيين كما يبدو ليس سوى فارق نظرى ليس له أى أثر قانوني طالما أن هزريو يسلم في النهاية بأن فكرة المزافق العامة تفرض سلطانها على الادارة العامة كقيد موضوعي وأن هذا القيد لم يعد يستند

⁽۱) يرى Hauriou أن القانون الادارى هو قانون السلطة العامة

Un droit de puissance publique المنافرة المنافر

[&]quot;Ainsi si le regime administratif repose essentiellement sur le pouvoir, (γ) il faut reconnaitre que le pouvoir s'est institué C. a d. encadre dans une organisation soumise a une idee, Cette idee est celle d'un service a rendre au public ou du service public . . .

وأنظر أيضا في شرح هذا الرأى

⁽Buttgenbach : Théorie generale des modes de gention des services publics en Belgique 1952 P. 7 et suiv).

ويبدو كذلك أن الفقيه Vedel وهو أيضًا من أنصار نظرية السلطة ومن خصوم نظرية المرافق العامة لا يأحذ بنظرية السلطة على إطلاقها .

فهو يرى أن نشاط السلطة التنفيذية هو وحده الذى ممكن أن محضع الأحكام القانون الادارى ولاختصاص القضاء الأدارى. وأن رسالة هذه السلطة (السلطة التنفيذية) تشمل طبقاً لنص المادة ٤٧ من الدستور (الفرنسي) صيانة النظام العام بواسطة البوليس وسد الحاجات العامة الممجتمع عن طريق المرافق العامة. وعلى هذا فلا محل في نظره لتطبيق القانون بتعلق الادارى وتقرير اختصاص القضاء الادارى الاحيث يوجد نشاط يتعلق بتغفيد رسالة السلطة التنفيذية والسلطة التنفيذية تعمل أصلا محقضي مالها من حق السيادة الذي محولها امتيازات خاصة إزاء الأفراد . وعلى هذا الادارى ولاختصاص القضاء الادارى مو النشاط السلطة التنفيذية في مباشرته ما تتمتم به من امتيازات خاصة هي امتيازات السلطة العامة . والنشاط المتعلق بصيانة من امتيازات خاصة هي امتيازات السلطة العامة . والنشاط المتعلق بالمرافق العامة من المتيازات الخاص مو بطبيعته من هذا النوع . أما النشاط المتعلق بالمرافق العامة وافقائون الخاص . وفقاً لأساليب القانون الخاص . وفائا فانه لا مخصم من هذا النشاط المقانون الخاص . وفقاً لأساليب القانون الخاص . وفقاً لأساليب القانون الخاص . وفائا فانه لا مخصم من هذا النشاط المقانون الخاص . وفقاً لأساليب القانون الخاص . وفقاً لأساليب القانون الخاص . وفقاً لأساليب المتخدم السلطة التنفيذية في مباشرة حقوق السلطة وامتيازاتها .

وهذه خلاصة رأى Vedel كما حددها هو فى مقال نشره سنة ١٩٥٤ فى مجلة مجلس الدولة الفرنسي (١) .

واذا لاحظنا أن صيانة النظام العام هو فى حقيقته مرفق عام ، فانه يمكن القول بأن Vedel بشترط لخضوع النشاط الذى تقوم به السلطة الادارية ، للقانون الادارى ، كما يشترط لتقرير اختصاص القضاء الادارى شرطان :

الأول: أن يكون هذا النشاط متعلقاً بمرفق عام .

والثانى : أن تستخدم السلطة التنفيذية فى مباشرته حقها فى السيادة .

Les bases constitutionnelles du droit administratif, coseil d'état : (1)

Etudes et documents 1954 P. 21 et suiv.

ويفهم من هذا أن Vedel يعتبر المرافق العامة عنصراً أساسياً في تكوين القانون الأداري (١) .

(ثالثا) رأى الفقيه Waline في تحديد أساس. القانون الادارى:

يرى Waline أن المرافق العامة لا تصلح أساساً للقانون الادارى نظراً لغموض فكرتها وعدم وجود تعريف قانونى محدد لها ، وعدم إمكان الاستناد الها في تحديد نطاق القانون الادارى تحديداً دقيقاً بسبب خضوع المرافق الصناعية والتجارية للقانون الخاص.

وهو يرى الاستعاضة عن فكرة المرافق العامة كأساس للقانون الادارى يفكرة المنفعة العامة l'ideo d'utilité publique

ويقول فى تأييد وجهة نظره أن الادارة حين تستخدم حقوق السلطة وحين تقرر إدارة مرفق عام وفقاً لأحكام القانون الادارى انما تفعل ذلك لتحمَّن مصلحة عامة .

فتطبيق القانون الادارى على المرافق الادارية دون المرافق الصناعية والتجارية يتقرر وفقاً لما تمليه فكرة المنفعة العامة وحاجة النوع الأول من المرافق دون الثانى لقواعد القانون الادارى .

وكذلك الحال بالنسبة لتطبيق القانون الادارى على العقود التي تبرمها الادارة فانه انما يتقرر وفقاً لما تقتضيه فكرة المنفعة العامة (٢).

وأهم ما يلاحظ على رأى Waline أنه لا يقدم معياراً محدداً ، لأن فكرة المنفعة العامة لا تحمل معنى محددا تستقل به وهى إن صلحت عنصراً يدخل

 ⁽۱) يسترف Vodel في خلال مقاله صراحة في أكثر من موضع بأهمية المرافق العامة في القانون الادارى ، فهو يقرر صراحة في مقاله المذكور ما يلي :

[&]quot;Ainal le service public demeure une notion essentielle du droit Administratif." . (المرجم السابق س ۱)

[,] Juris classeur administratif (٢) المرجم السابق المقدمة ص ۽ وما بعدها ,

فى تكوين فكرة المرافق العامة أو فكرة السلطة العامة فانها لا تصلح معياراً مستقلا يرجع اليه فى تحديد نطاق تطبيق القانون الادارى واختصاص القضاء الادارى .

(رابعا) رأى Chenot

تمهيد: قلنا في أكثر من موضع فيا تقدم أنه في الوقت الذي كان فيه نشاط الدولة محصوراً في النطاق الاداري البحث ، وهو الوقت الذي سادت فيه النظرية الكلاسيكية للمرافق العامة ، كانت المرافق العامة كلها مرافق من نوع واحد يتكون من عناصر متجانسة كلها تدخل في دائرة القانون العام. هذه المناصر هي على التحديد ١- شخص إداري (من أشخاص القانون العام) ، ٢- يباشر نشاطاً عاماً (هدفه النفع العام) ، ٣- وفقاً لأحكام القانون العام .

وعلى هذا الأساس كان هناك توافق تام بين المرافق العامة والقانون الادارى بمنى ألرافق العامة والقانون الادارى بمنى أن المرافق العامة كانت تخضع فى كل عناصرها للقانون الادارى ، فالهيئة الى تدير النشاط هيئة عامة تخضع للقانون الادارى . ولهذا والنشاط الذى تديره نشاط عام رنفع عام) يخضع للقانون الادارى . ولهذا لم يكن القضاء ولا الفقه يعنى بالتفرقة بين الهيئة الى تدير النشاط وبين النشاط ذاته فكلاهما مرفق عام يخضع لأحكام القانون الادارى .

غير أنه مع تطور الظروف الاقتصادية ومع حلول نظريات الاقتصاد الموجه على نظريات الاقتصاد الحر ، بدأت اللولة تتلخل فى الميدان الاقتصادى وتنشئ هيئات جديدة تدير نشاطاً من نوع جديد ، نشاطا تجاريا وصناعيا من نفس نوع النشاط الذى يتولاه الأفراد . ومع هذا التطور بدأت بعض أحكام مجلس اللولة الفرنسي (۱) تفرق بن الهيئة الى تدير بدأت بعض أحكام مجلس اللولة الفرنسي (۱) تفرق بن الهيئة الى تدير

⁽۱) من أحكام هذا النوع التي أثارت أعنف وأشد نقاش موف بين فقها. القانون العام في فرنسا الحكم الصادر في تفضية Mongourt يتاريخ ٢١ يوليه سنة ١٩٤٧ (138 / 1942 . 38) . والحكم الصادر في تفضية Bougaet جاريخ ٢ إبريل سنة ١٩٤٣ . (1 3 / 1944 . 3) .

قرر مجلس الدولة في الحكم الأول أن خان التنظيم Comités d'organisation التي أنشأها ==

النشاط وبين النشاط ذاته ، وقرر المحلس في بعض أحكامه اعتبار بعض أنواع النشاط الاقتصادى الذي تتولاه الهيئات الجديدة التي أنشأتها اللولة مرافق عامة دون أن يتعرض للهيئة التي تدير هذا النشاط بأى اشارة فلم يقرر ما اذا كان يعتبر هذه الهيئة مؤسسة عامة أى شخصاً ادارياً يدير مرفقاً عاماً وفقاً للتعريف التقليدى للمؤسسات العامة أو شخصاً من أشخاص القانون الحاص أو شخصاً دارياً من فوع جديد . وفرق بين أعمال الهيئات التي تدير هذا النشاط فأخضع بعضها للقانون الادارى ، والبعض الآخر للقانون الحاص.

واختلف الفقه الفرنسي في تقديره لهذه الأحكام اختلافاً كبيراً. فانتقد البعض (١) انكار صفة المؤسسة العامة بالنسبة للهيئات التي تدير مرافق عامة وتتمع في مباشرة نشاطها بامتيازات السلطة العامة ، ورأوا اعتبارها مؤسسات عامة صناعية وتجارية تخضع للقانونينالهام والخاص معاً ، ورأى البعض اعتبار هذه الهيئات التي تدير مرافق عامة مؤسسات خاصة ، واعتبرها فريق ثالث أشخاصاً إدارية من نوع جديد (٧).

رأى Chenot : أما Chenot فرقف إزاء هذه الأحكام موقفاً متطرفاً اثار نقد معظم فقهاء القانون العام الفرنسي (٣). فقد أغفل الاشارة الصريحة الم المرافق العامة التي وردت في كثير من هذه الأحكام ، وخرج من دراسيا برأى شخصي خلاصته أن القضاء الادارى لم يعد هم بالنظريات القانونية ، وهو لا يعنيه أن يومس أحكامه على نظرية قانونية معروفة أو نظام قانوني معن ، ولكنه تحرر في اتجاهاته الحديثة من سلطان النظريات القانونية ،

الثانون لحسر المواد اللازمة الصناعات والاشراف على توزيعها تحت إشراف الوزير المنصى ،
 قرر المبلس أن هذه المجان تدير مرفقاً عاماً هو مرفق التوجيه الاقتصادى دون أن تحدد صفة هذه المجان

وقرر فى الحكم الثانى أن نقابة الأطباء تدير مرفقاً عاماً دون أن يحدد صفة النقابة ذاتها . وهو فى كلا الحكمين اعتبر النشاط فى ذاته مرفقاً عاماً واغفل تحديد طبيعة المنظمة التي تدير النشاط .

Drago: Les crises de la notion d' etablissements publies 1950 p 100: (1)

⁽٢) أنظر في كل ذلك De Corail المرجع السابق ص ١٥٣ برما يعدها . .

De Corail p. 167, Walipe: Juris - clesseur administratif Preface (γ)

فهو ينظر لكل عمل على حدة دون نظر الهيئة الى صدر عنها ، ويقضى ف كل حالة إما بتطبيق القانون الخاص أو تطبيق القانون العام وفقاً لطبيعة العمل ذاته وبالرجوع للظروف الهيطة به .

ورتب Chenot على ما تقدم نتيجة أخرى هى أن القضاء الادارى فى نظره لا يوسمس أحكامه على نظرية المرافق العامة ، ولكنه ينظر الى طبيعة العمل ذاته بصرف النظر عن صلته بالمرفق العام ، وأن المرفق العام لم يعد هيئة organisation أو مشروعا entrepriso أو نشاطاً من نوع خاص يرجع اليه القضاء فى تحديد نطاق القانون الادارى ، ولكنه أصبح مجرد نظام قانونى regime de droit يطبقه القاضى فى الحالات التى يرى فها أن العمل عمل النزاع هو حسب طبيعته وظروفه من نوع الأعمال التى يحكمها القانون العام (١).

وقد قوبلت آراء Chenot باعتراض ونقد شديدين من ممظم فقهاء القانون العام في فرنسا . فقيل في نقدها :

 أنها تتعارض مع الحقيقة التي تؤيدها أحكام مجلس الدولة الفرنسي . فلا يزال مجلس الدولة يعترف بوجود المرافق العامة ويستند الها في قضائه (٢) .

 ٢ – أنها لا تتضمن أى تحديد للعناصر التي بمكن الرجوع الها في تحديد طبيعة العمل موضوع النزاع وما إذا كان تخضع للقانون العام أو للقانون الحاص (٣).

٣ — ان إطلاق الحرية القاضى فى أن يحكم فى كل ما يعرض عليه من منازعات وفقاً لظروف كل حالة على حدة دون التقيد بالنظريات والمبادئ القانونية بجعل القضاء قضاء تحكياً خاضماً لمحض رأى القاضى وإرادته وعرم المتقاضين من أهم ضهانات القضاء (٤).

[&]quot;Le service public n'est plus une institution, c'est un régime, c'est (1)
l'application des regles du droit public a certains actes . . . "
V. chenot : La notion de service public dans la Jurisprudence economique du
conseil d'etat (Conseil d'etat, etudes et documents 1950 P. 77 et suiv)

De Corail P. 168 — 169 (7) , (7)

⁽¹⁾ Waline المرجع السابق ص 14

أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه في مصر

على أى أساس يمكن إقامة بناء القانون الادارى المصرى وما المعيار الذى ممكن الرجوع اليه لتحديد نطاق تطبيق هذا القانون (١) ؟

أثار البحث في تحديد أساس القانون الأدارى ونطاق تطبيقه في فرنسا نقاشاً فقهياً حاداً عرضنا صورته كاملة فيا تقدم . والمعروف أن القانون الادارى المصرى كالقانون الادارى الفرنسي هو قانون غير مقين . وفي مصر كما هو الحال في فرنسا لا توجد نصوص تحدد بصفة قاطعة الأساس الذي يشاد عليه بناء هذا القانون أو تحدد نطاق تطبيقه .

فالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة وهو أهم التشريعات الادارية في مصر نص صراحة على اختصاص محاكم القسم القضائي عجلس الدولة بنظر طلبات الفاء القرارات الأدارية سواء أكانت صادرة في شأن الموظفين المعومين أو في شأن الأقراد . كما نص على اختصاص هذه المحاكم بنظر المنازعات الحاصة بمرتبات ومعاشات ومكافئات الموظفين المعومين أو لورثهم ، والمنازعات الحاصة بعقود الالتزام المؤشفان العامة والتوريد أو بأى عقد إدارى آخر (م م ٨ و١٠) .

لكن المشرع لم يعن فى هذا القانون بتحديد المعيار الذى يرجع اليه فى تعريف الموظف العمومى والقرار الادارى والعقد الادارى ، وهذا معناه أن قانون مجلس الدولة أغفل تعين أساس القانون الادارى فى مصر .

⁽١) نود أن ننب بصفة خاصة ألى أن البحث فى هذا الموضوع ما كان ليثار مطلقا لو أن الفانون الادارى كان مقتنا لان التصوس التشريبية كانت تتكفل فى هذه الحالة بتقرير المبلدئ العامة لهذا القانون وتحديد نطاق تطبيقه .

حقيقة يلاحظ أن بعض التشريعات المصرية الحديثة أشارت في نصوص سريحة الى المرافق العامة (١) ، وأورد المشرع في هذه النصوص بعض مبادئ وأحكام القانون الأدارى المتعلقة بالمرافق العامة (١) ، كما أن المذكرة الأيضاحية لقانون مجلس الدولة الحالى (رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥) والمذكرات الأيضاحية لبعض التشريعات الأخرى ، أشارت صراحة الى المرافق العامة ولمبادئ القانون الأدارى التي تحكمها (١).

ولا شك أن ما ورد في نصوص هذه التشريعات ومذكراتها الايضاحية يدل على أن المشرع المصرى أقام المبادئ التي تضمنها بعض هذه التشريعات على أساس فكرة المرافق العامة . لكنه لا يصلح دليلا قاطماً على أن المشرع المسرى أراد أن يقم بناء القانون الأدارى كله على أساس فكرة المرافق العامة أو أنه أراد أن تكون المرافق العامة هي المعيار الوحيد الذي يرجع اليه في تحديد نطاق تطبيق القانون الأدارى في مصر . بل أنه يبدو من مراجعة نصوص بعض التشريعات المصرية أو مذكراتها الأيضاحية ، أن فكرة المرافق العامة ذاتها لا تزال محوطة بشي من الغموض محمل من المتعلر على الباحث أن يستخلص من نصوص هذه التشريعات معي محدداً واضحاً للمرفق العام . في قانون بلدية القاهرة مثلا (معدلا بالقانون رقم ١٩٧٨ لسنة ١٩٥٤) حددت المادة ٢٠ اختصاصات المحلس البلدى كما يلى :

⁽١) أنظر القانون رتم ٢٣١١ لسنة ١٩٥٦ بتعديل قانون إنشاء مجلس بلدى الفاهرة والقانون رتم ٨٣٨ لسنة ١٩٥٦ فى شأن تعديل شروط استغلال المرافق العامة فى دوائر اختصاص وزارة الشئون البلدية والقروية والمجالس البلدية . والقانون رقم ٢٩٤ لسنة ١٩٥٦ بالإذن لوزير الحريبة فى منح حتى استغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة الغربية من المياه الإقليسية . والقانون رقم ١٠٥٠ لسنة ١٩٥٠ فى شأن النقل العام الركاب بالسيارات .

 ⁽٣) أنظر القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧ الحاص بالتزامات المرافق العامة والقانون
 رقم ٩٣٥ لسنة ١٩٥٥ بإضافة مادة جديمة الى القانون السابق.

 ⁽٣) أنظر بصفة خاصة المذكرة الإيضاحية القانون رقم ٣٥٥ لسنة ١٩٥٥ السابق
 الإشارة اليه .

يُحتص المحلس بالاشراف على تنفيذ قانونه ولائعته الداخلية ... الحُ .

كما مختص باصدار القرارات في المسائل الآتية :

(أولا)

 ۱ حملیات المیاه والانارة والمجاری وشئون النظافة العامة ووسائل المواصلات .

 ٢ ـــ إنشاء الشوارع والميادين والقناطر والمنتزهات العامة أو إغلاقها أو حفظها ... الح.

٣ - الأسواق العامة والمذابح والحمامات والمغاسل العامة .

٤ - الجبانات .

■ - دور النمثيل والسيبها والملاهي وغيرها من المحال العمومية .

٦ - الاعلانات على اختلاف أنواعها .

 كل ما يتعلق بالمطافى وجميع الاجراءات الحاصة بالوقاية من الحريق.

٨ — الشئون الصحية العامة للمدينة .

٩ -- كل ما يتعلق بالمرافق العامة .

والواضح أن معظم المسائل التي وردت في الفقرات من (1) الى (A) هي مرافق عامة وفقاً لما استقر على رأى الفقه والقضاء . ومع ذلك فقد نص المشرع في فقرة خاصة هي الفقرة (٩) على المرافق العامة . وقد يوهم هذا الوضع بأن المشرع يعتبر المسائل التي وردت في الفقرات السابقة على الفقرة (٩) مختلفة في نوعها وطبيعها عن المسائل التي أشار الها في الفقرة (٩) أي أنه لا يعتبرها مرافق عامة (١) .

 ⁽١) تكررائيس بنفس الصيفة ونفس الوضع فى قانون بلدية الاسكندرية معد لا بالقانون
 ٢٧٩ لسنة ١٩٥٤

واستعمل المشرع الدستورى اصطلاح « المرافق العامة » فى المادة ٩٨ من دستور جمهورية مصر ، وتكلم فى المادة ١٣٧ عن حق رئيس الجمهورية فى إصدار القرارات اللازمة لترتيب « المصالح العامة » ، مما قد يثير الشك فى حقيقة المقصود من الاصطلاحين .

وبالنسبة لقضاء الادارى فى مصر ، يلاحظ أن محكة القضاء الادارى قرت فى بعض أحكامها أن الموظف العموى هو من يعهد اليه بعمل دائم فى خدمة مرفق عام (۱) وأن المؤسسات العامة أشخاص ادارية تقوم على إدارة مرفق عام أو مرافق عامة معينة محددة (۲) ، وأن طبيعة القرار الادارى تحدد وأن النقابات ومنها نقابة المهن المندسية وان لم تدخل فى نطاق المؤسسات العامة الا أنها تعتبر من أشخاص القانون العام ، ويترتب على ذلك أن قراراتها تعتبر قرارات إدارية مما يجوز الطعن فيها بدعاوى الالغاء أمام التضاء الادارى (٤) . وقضت المحكمة الادارية العليا برفض طلب وقف تنفيذ قرار إدارى على أساس أن اجابة هذا الطلب يترتب عليه تعطيل سير مرفق عام (٥).

 ⁽۱) حكم محكمة القضاء الاداري بجلسة ٨ مارس سنة ١٩٥٣ (مجموعة بجلس الدولة لأحكام القضاء الاداري س ٧ ص ١٩١٦) .

 ⁽٣) حكم عكمة النضاء الاداري بجلسة ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ (مجموعة مجلس الدولة الأسكام الفضاء الاداري س ٦ ص ٩٣٥ و الأسكام الأخرى المدينة التي أصدرتها نفس الدائرة ينفس المضي) .

 ⁽۴) حكم عكمة القضاء الادارى بجلسة ٣٠ يونية سنة ١٩٥٣ (مجموعة مجلس الدولة لأسكام القضاء الادارى س ٧ ص ١٨٣٥ وحكمها الصادر فى ٧ فبر ار سنة ١٩٥٧ و مجموعة س ١١ ص ٢٠٣) .

⁽ع) حكم محكمة القضاء الادارى بجلسة ٢٦ ديسبرسة ١٩٥٠ (بجلة المحاماة ٣٣٠ ع٧ م٧ م٠ م٠ المابق الإشارة من ١٩٥٠) وييدو أن المحكمة تأثرت في هذا الحكم بقضاء بجلس الدولة الغرفي السابق الإشارة اليه في قضيقي للكارصة المحكمة Bougaen ، Mospeurt في إنكار صفة المؤسسة العامة على نقابة المهن المنتسبة وإن كانت خالفت الأحكام الفرفسية في الاعتراف لها صراحة بصفة الشخص الادارى بمكس الحال في قرنسا كما سبق البيان .

⁽ه) حكم صادر بجلسة ه نوفبر سنة ١٩٥٥ (مجموعة المبادئ القانونية التي أصدرتها الهكمة الإدارية العليا س ١ ع ١ ص ٦٤)

ومع ذلك فانه لا يستفاد من مجموع الأحكام التي أصدرها قضاؤنا الادارى الى اليوم ، أنه قطع برأى في تحديد أساس القانون الادارى ونطاق تطبيقه . ولا يزال واجب الفقه يقتضيه أن يبذل مزيداً من الجهد في سبيل تحديد الأساس الذي يتمن أن يشاد عليه بناء القانون الادارى .

- 4 -

رأينا في تحديد أساس القانون الادارى ونطاق تطبيقه في مصر

لقد أخذت مصر بالنظام الادارى الفرنسى ، فأنشأت قضاءاً إدارياً مستقلا على غرار القضاء الأدارى الفرنسى ، وتكون فيها قانون إدارى مستقل على غرار القانون الأدارى الفرنسى . وتردد الفقه الفرنسى في معرض تحديد أساس القانون الأدارى الفرنسى ونطاق تطبيقه بين معيارين سبقت الأشارة الهما والى ما دار حولهما من نقاش وهما فكرة السلطة وفكرة المرافق العامة . فهل يمكن الأخذ بأحد هذين المعيارين في مصر ؟ .

إن الاستناد الى فكرة السلطة وحدها فى بناء القانون الادارى وتحديد نطاق تطبيقه يؤدى الى إطلاق يد السلطة الأدارية فى التدخل فى شئون الأفراد وفرض القيود على حقوقهم وحرياتهم دون أن تكون هناك قيود مفروضة علمها لضمان حقوق الأفراد وحرياتهم ، وهذا يخالف أحكام الدستور المصرى . فقد كفل دستور حمهورية مصر حقوق الأفراد وحرياتهم وحرم المساس مها الا فى حدود القانون (۱) .

⁼ ويتلخص موضوع القضية الى صدر فيها الحكم فيها بل :

طلب المدعى وقف تنفيذ القرار الصادر بنزع ملكية أرض علوكة له الإقامة مستشفى عليها وأثناء نظر الدعوى استبان المسمكمة أن الاستيلاء على الأرض قد تم بمعرفة الادارة وشرع فعلا فى اقامة المستشفى عليها . تمسك المدعى بأن الأرض كانت خالية وقت تقديم طلب وقف التنفية . قررت المحكمة وفض طلب وقف التنفيذ وقالت فى تهرير سحكمها " ... مهما يكن من أمر فى قيمة هذا الادماء (بأن الأرض كانت خالية عند تقديم العلب) عند نظر أصل الموضوع فإن المصلحة العامة والمسلحة الفردية لا تتوازيان فى مجال الروابط القانونية الى تنشأ بين الادارة والافراد بل يجب أن تعلو المصلحة العامة فى مثل هذا الأمر اللهى يتعلق بتسيير مرفق عام " .

⁽١) راجع مواد الباب الثائث من اللستور في تحديد "الحقوق والواجبات العامة" .

وطبقاً لنصوص النستور لا بجوز السلطة الادارية أن تتخذ إجراءاً ماساً بحريات الأفراد وحقوقهم الا في حلود القانون .

وقد رأينا كيف عالج الفقيه Hauriou فى فرنسا هذا العيب ، فانه مع انتصاره لفكرة السلطة كأساس القانون الأدارى يرى أن السلطة الأدارية مقيدة فى مباشرة نشاطها بقيد موضوعي هو المرافق العامة (١)

ومع ذلك فانه يبدو أن الرأى القائل عن السلطة الادارية في تقييد حقوق الأفراد وحرياتهم دون أن تكون سلطتها في ذلك مقيدة بأى قيد طالما أنها تعمل في سبيل أداء رسالتها العامة مستهدفة المصلحة العامة . يبدو أن هذا الرأى له أنصار في مصر (٧).

وعلى عكس هذا تبدو فكرة المرافق العامة أساساً صالحاً لبناء القانون الادارى وتحديد نطاق تطبيقه ؛لأن المرافق العامة وفقاً لما استقر عليه رأى الفقه

⁽۱) راجع في عرض رأى Hauriou ماتقدم ص ۱۳

 ⁽٣) نقرأ في رسالة الدكتور محمد كامل سند ليله عن " النظرية العامة التنفيذ المهاشر في الفانون الإداري " ما يل :

[&]quot;وان الادارة تتمتع بجانب من السلطة العامة و تستطيع استخدامها في الوقت المناسب اذا قدرت المسلحة العامة تقتضي ذلك ، و لا يعسم الاعتراض على هذا التصرف من جانب الادارة بحجة أبها عنسنا تستخدم المنوة من تلقاء فضها تخالف بلكك الفائون أذ المفروض في ان الادارة جادة في تصرفاً بهي تحضر قراراتها بعناية و تفصص الموضوع ينقة يواسطة المبراء والفنين و ترن الأمرور لتعين مالها وما عليا وتتصرف بعد ذلك مل ضوء مجتها و تحقيقها الموضوع كما يقمل القافين تقريبا (ص 18) ويقول في موضع آخر "ان تصرفات الادارة مقصود بها نفع عام فأن تعارض تحقيق النفر العام والملم بحرية فرد أز مجموعة افراد فلا غضاضة في ذلك اذ أفنا نفارة بين الأهم و الملهم و الصالح العام هو المقدم ... " (ص 18).

و برى فريق كير من فقهاء الفانون العام في مصر أن من حق السلطة الادارية أن تشغذ ما تراه لازماً من إجراءات البوليس ضمه حريات الإفراد وحضوقهم ولو لم يوجد نص قانوفي. يخولها هذا الحق ،ويبررون رأيم بأن المحافظة عل النظام العام تدخل في الاختصاصات الطبيعية لسلطة البوليس دون حاجة النص عليها وان من حق هذه السلطة أن تصل لصيانة النظام من تلفاء نفسها دون حاجة لنص خاص يخولها هذا الحق .

⁽ أنظر رأى الدكتور السيد صبرى ، قلدكتور حسن راشد جرانه ونقده نى دروس القانون الادارى للمؤلف طبقه سنة ١٩٤٦ ص ٣٤٦ وما يعدها) .

وأساس هذه الآواء نظرية السلطة التي سبق شرحها وعيجا ظاهر في هذا التطبيق .

الحديث فى فرنسا وفى مصر هي مشروعات (١) تنشأ بقانون أو بناء على قانون لتحقيق أغراض النفع العام وتحضم فى إدارتها للرأى الأعلى السلطة الحاكمة .

فاذا اتخلت المرافق العامة أساساً للقانون الأدارى فانه يترتب على هذا أن الأدارة لا يكون لها حتى استخدام امتيازاتها المقررة في القانون الأدارى الا ادا كان العمل الذي تقوم به متعلقاً عرفق عام ومتعقاً مع حاجات المرافق العامة . فاذا اقتضت مصلحة المرفق أن تتنخل السلطة الأدارية في نشاط الأفراد وأن تقيد حقوقهم لضهان صبر المرافق العامة بانتظام واطراد ، فان استخدامها لسلطها في هذا الشأن يكون متفقاً مع المبادئ العستورية العامة ومع نصوص دستور حمهورية مصر بصفة خاصة ، لأن استخدام السلطة في هذا الحالة يكون المنافق اللماء .

وقد أنشئت مبادئ القانون الأدارى المعروفة الآن فى فرنسا على أساس فكرة المرافق العامة ، وكان لمدرسة المرافق العامة هناك أكبر الفضل فى مقاومة نظرية السيادة المطلقة وتقييد حق السلطات العامة فى استخدام سلطتها ازاء الأفراد ، كما يعترف بذلك صراحة خصوم نظرية المرافق العامة أنفسيم (؟).

غير أنه يلاحظ أن المرافق العامة لم تعد كلها فى الوقت الحاضر مرافق إدارية عنة (٢) وأن المرافق الصناعية والتجارية تخضع باتفاق الفقه والقضاء فى الوقت الحاضر القانونين العام والحاص معاً كل فى نطاق محدد .

⁽١) التميير عن المرفق بأنه مشروع يشمل المنظمة التي تدير النشاط كا يشمل النشاط ذاته فالتمليم مثلا مرفق عام والمدارس والجامات كذلك مرافق عامة وقولنا أن المرفق مشروع يحدد النشاط الذي يمتعر مرفقاً بأنه النشاط المنظم .

⁽أنظر كتاب المرافق العامة المؤلف طبعة سنة ١٩٥٢ . وانظر أيضاً : Buttgenbach : Théorie generale des modes de gestion des services publics en . (Belgique 1953 P. 27 et auiv.

 ⁽۲) يقول اأستاذ Vedel

[&]quot;... l'ecole du service public a efficacement combattu et dissipé les vieux fantomes de la souverainete illimitee, et de la transcendance absolue de la puissance publique ..."

⁽Corneil d' etat, Etudes et documeents 1954 P. 35 et 36)

 ⁽٧) المرافق الادارية تعتبد بطبيعتها على عنصر السلطة في إدارتها و لهذا فإنها تخضع كفاعدة
 عامة الفاذون الاداري في جميع أوجه نشاطها .

ولهذا فان فكرة المرافق العامة لم تعد تصلح وحدها أساساً كافياً لانشاء مبادئ القانون الادارى وتحديد نطاق تطبيقه . لأن مصلحة المرافق العامة الصناعية والتجارية لا تستلزم فى كل الأحوال إنشاء قاعدة ادارية تحكمها . وقواعد القانون الحاص قد تكون أكثر ملاءمة لتحقيق أهداف هذه المرافق بالنسبة لمعض أوجه النشاط الذي تتولاه .

وعلى هذا فان وجود مرفق عام صناعى أو تجارى لا يستنبع حمّا تطبيق مبادئ وقواعد القانون الادارى . بل أن الأمر يتطلب فى مثل هذه الحالات البحث عن معيار تكميلى يرجع اليه فى تحديد نطاق تطبيق كل من القانون الادارى والقانون الحاص فى دائرة نشاط المرافق الصناعية والتجارية . هذا المعيار التكميلي هو فى رأينا فكرة السلطة .

لكننا اذ نقرر الأخذ بمعيار السلطة في هذا النطاق نحرص على أن ننبه الى أمرين :

الأول : أننا لا نوافق على ما ذهب اليه أنصار نظرية السلطة فى فرنسا فى تحديد هذا المعيار .

فهم يشترطون لتوافر عنصر السلطة ، أن تكون السلطة الادارية قد استخدمت فعلا فى مباشرة نشاطها وسيلة من وسائل القانون العام أى أن تكون قد انخذت إجراءاً من الاجراءات الى تختص السلطة العامة وحدها باتخاذها أو أن تكون قد ضمنت العقد الذى تبرمه مع الأفراد شرطاً مغايراً للشروط المعروفة فى القانون الحاص (١).

ونحن نرى على العكس أن يكفى لتوافر عنصر السلطة أن يتبن من نصوص القانون الذى أنشأ المرفق أن ارادة المشرع قد انصرفت الى إخضاع جزء محدد من نشاط المرفق القانون الادارى سواء ظهرت هذه الارادة صريحة في النصوص أو أمكن استخلاصها من مجموع النصوص.

⁽۱) Clauses eparbitante du droit Commun (۱) وتأخذ بهذا الرأى في مصر محكمة النفياء الادارى في حكمها الصادر في ۲/۱۲/۱۹ (مجموعة س ۱۱ ص۸۷ حكم رقم ۹۹)

ذلك لأن ظهور هذه الارادة معناه أن المشرع أراد أن يباشر هذا الجزء المحدد من نشاط المرفق بمقتضى ما تملكه الأدارة من امتيازات بوصفها سلطة عامة تتمتع بجزء من سلطان الدولة وسيادتها .

فاذا تعلم استخلاص إرادة المشرع من النصوص ، فانه يمكن الاستدلال على هذه الارادة بالرجوع للقرائن القانونية أولا ثم لارادة الهيئة التي يعهد الها بادارة المرفق .

ويختلف مدلول القرائن القانونية بالنسبة للمرافق الادارية عنه بالنسبة للمرافق الصناعية والتجارية .

فالمرافق الادارية يفترض أصلا أنها تنشأ دائماً لتدار بوسائل القانون العام ويعتمد في إدارتها على حقوق السلطة المفررة للادارة ، ويجوز استثناء أن تباشر الادارة عملا من الأعمال المتعلقة سنده المرافق بنفس الوسائل الى يستخدمها الأفراد في مشروعاتهم الحاصة وفقاً لأحكام القانون الحاص، الا أنه في هذه الحالة الاستثنائية لا يمكن اعتبار العمل مدنياً تخضع لأحكام القانون الحاص، القانون الحاص، حلية .

أما المرافق الصناعية والتجارية ، فالمفروض أنها ننشأ لتدار في جزء من نشاطها على الأقل بوسائل القانون الخاص . فاذا لم تنبن نية المشرع بالنسبة لتحديد نطاق تطبيق القانونين الخاص والعام في نشاط هذه المرافق ، فانه يفترض أنه أراد اطلاق الحرية للسلطة الادارية في استخدام الوسائل التي تراها ملائمة لكل نوع من أنواع النشاط . فان تبين أن السلطة الادارية اعتمدت في مباشرتها لعمل متعلق بنشاط هذه المرافق على حقوق السلطة كان العمل ادارياً وطبقت بالنسبة له أحكام القانون الأداري (۱) ، وإن تبين العكس أو لم يتبن قصد الأدارة أصلا طبقت أحكام القانون الخاص

⁽١) وطبيعى أن هذه النية تكون أكثر وضوحا فى حالة استخدام الادارة فعلا وسيلة من وسائل القانون العام أل اتخاذ اجراء عا لا يملك الأفراد اتخاذه أو اذا صخت العقد شرطا منايرا الشروط المعروفة فى العقود المعشق .

على أساس أن المفروض أن المرافق الصناعية والتجارية تنشأ أصلا لتدار بوسائل القانون الحاص .

الثانى : اننا نطبق معيار السلطة هنا فى نطاق نختلف كل الاختلاف عن نطاق تطبيقه فى رأى أنصار نظرية السلطة فى الفقه الفرنسي .

فأنصار نظرية السلطة فى فرنسا برون أن وجود عنصر السلطة فى أى عمل أو نشاط تقوم به الادارة يكفى وحده لكى يصبح النشاط خاضعاً لأحكام القانون الادارى . ومعنى هذا أن الادارة تملك حربة الاستفادة من الامتيازات التى يقررها القانون الادارى بارادتها وحدها . فاذا رأت أن تتخذ إجراء مقيداً لحقوق الأفراد وحرياتهم واستخدمت فى القيام به وسائل القانون المام ، فان هذا الاجراء يعتبر لذلك عملا ادارياً تحضع لأحكام القانون الأدارى ويتمتع بالحصانة المقررة فى القانون الادارى للأعمال الادارية دون أن تكون سلطة الادارة مقيدة فى كل ذلك بأى قيد سوى ما تفرضه هى على نفسها بارادتها من قيود .

ونحن نرى على المكس أن القانون الادارى لا يطبق الاحيث يوجد مرفق عام ولا تتمتع الادارة فى مباشرة نشاطها بالامتيازات التى يقررها القانون الادارى الاحيث يوجد مرفق عام. ونظراً لأنه قد أصبح من الجائز طبقاً لما استقر عليه رأى الفقه والقضاء فى الوقت الحاضر أن يطبق القانون المام على بعض أنواع المرافق العامة. فقد رأينا الرجوع فى هذه الحالة الى معياد السلطة لتحديد نطاق تطبيق كل من القانونين العام والحاص بالنسبة فذا النوع من المرافق. وواضح أن معياد السلطة يستخدم هنا كمياد تكمياد تكمياد الآصلي وهو المرافق العامة.

ويستخلص من كل ما تقدم أن المرافق العامة بجب فى نظرنا أن تتخذ أساساً لانشاء مبادئ وأحكام القانون الادارى المصرى وتحديد نطاق تطبيقه . وأنه بجب أن يراعى فى إنشاء هذه المبادئ والأحكام أن تكون موافقة لأغراض المرافق العامة وحاجاتها . وأنه لا مجوز تطبيق مبادئ وأحكام القانون الادارى المصرى الاحيث يوجد مرفق عام وإن كانت هذه المبادئ لا تطبق -حيًا بالنسبة لجميع أوجه النشاط المتعلقة بالمرافق العامة ، وانما تطبق فقط بالنسبة لما يباشر من هذا النشاط اعتهادًا على فكرة السلطة .

وعلى هذا الأساس بمكن أن تعرف القانون الادارى المصرى بأنه القانون الذى محكم النشاط الذى يتولاه شخص من أشخاص الفانون العام فى نطاق المرافق العامة معتمداً فى مباشرته على ما يتمتع به من امتيازات بوصفه سلطة عامة تتمتع مجزء من سيادة الدولة وسلطائها .

التعليق على الاحكام

معيار التفرقة بين الوكالة بالممولة والوكالة العادية

للدكتور على البارودى

مدرس القانون التجاري والبحرى بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية

[حكم محكمة النقض المدنية المصرية الصادر بتاريخ ٢٩٥٦/٦/٢٨ والمنشور بمجلة المحاماة السنة السابعة والثلاثون ص ٨١٥]

لا ننوى أن نعلق على هذا الحكم الهام فى حميع المسائل التي تعرض لها، وانما نرى من الأوفق ، مراعاة لوحدة الموضوع ، أن نقصر التعليق على المبدأ الذى تبنته عكمة النقض بصدد المعيار المميز للوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية ، فقطعت بذلك برأى فى موضوع كان ولا يزال على خلاف فى الفقه والقضاء . والحكم يتضمن ، عدا ذلك المبدأ ، عدة مبادئ قانونية أخرى خاصة عسئولية الوكيل بالعمولة النقل وحالات الإعفاء مها والرجوع عند تعدد الناقلين . وسوف نعرض لهذه المسائل بالتفصيل فى عثقاده ان شاء الله .

لذلك لا يهمنا هنا أن نسرد وقائع القضية بكل تفصيلاتها ، وانما يكفينا أن نجزئ من حثيات محكمة النقض تلك الفقرات التي أعلن فيها الحكم المدأ القانوني الذي يهمنا التعليق عليه :

(أولا) الميدأ القانونى :

المحدلة تتميز عن الوكالة الطمن مردود في أوجهه الثلاثة بأن الوكالة بالمعمولة تتميز عن الوكالة المادية بطبيعة الشي عمل الوكالة ، هاذا كان من عروض التجارة أو من البضائع أو الصكوك المتداولة اعتبرت وكالة بالمعمولة ، ومن ثم تسرى عليها أحكام قانون التجارة بقطع النظر عن صفة الموكل الذي قد يكون العمل مدنيا أو تجارياً بالنسبة له ، ولما كان يبن من الحكم المطعون فيه أن أحمد داود أبو اسماعيل باع و برتقالا » الى معتوق من الحكم المطعون فيه أن أحمد داود أبو اسماعيل باع و برتقالا » الى معتوق

أهد صنين وتعهد بشحته له من فلسطين الى ميناء جدة ترائسيت السويس ، وأن الأول قام بشحته الى ميناء بور سعيد وكلف الطاعتين باستلامه فى ميناء بور سعيد واعادة شحته الى ميناء جدة ، وقد قاما بذلك فعلا ، فموضوع الوكالة هو و بضاعة ، وصفة الطاعتين فى هذا الأمر هو نقل هذه البضاعة فهما وكيلان بالعمولة فى النقل وضامنان طبقاً للمادة ٩١ من قانون التجارة لسرعة ارسال البضاعة على قلر الامكان الا فى حالة القوة القاهرة الثابتة قانوناً ، وضامنان أيضاً طبقاً للمادة ٩١ من القانون المذكور اذا حصل تلف أو عدمت البضاعة ما لم يوجد شرط خلاف ذلك فى تذكرة النقل أو قوة قاهرة أو عيب ناشئ عن نفس الشئ أو ما لم يقع خطأ أو اهمال من المرسل ٤٠

اختلف الفقهاء في وضع معيار يمير الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية، وذهبوا في ذلك ثلاث مذاهب (!) :

١ - فيرى البعض أن التفرقة بجب أن تستند الى طبيعة العملية التى عهد الى الوكيل بالعمولة بالقيام بها Nature de l'opération . فاذا كانت هذه العملية تجارية ، كانت وكالة بالعمولة ، والا فهى وكالة عادية . ولا أهمية فى هذه التفرقة بين ما اذا كان الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصى أو باسم الموكل . والبعض يضيف الى ذلك شرط أن يكون الوكيل بالعمولة المتعاقد عترفاً ، وفى نظر هوالاء لا يجوز اعتبار العقد «وكالة بالعمولة » الا اذا كان الذى أبرمه وكيلا بالعمولة محترفاً وكان موضوعه علمة تحاربة (٢) .

⁽۱) أنظر اسكارا والقانون التجارى١٩٥٣ بند ١٠٦٨ ص ٧١٤ بروليار ولاروش والقانون التجارى ١٩٥٠ ص ١٧٢ ؛ يونكارير ولابورد لاكوت والقانون التجارى١٩٥١ يونكارير ولابورد لاكوت والقانون التجارى١٩٥١ يند ١٩٥٧ ص ١٤٥٥ وأستاذنا . يند ١٠١٧ ص ٤٢٩ ، وريبر والقانون التجارى ١٩٥٤ بند ٣٣٥٠ ص ١٤٥٥ وأستاذنا . الدكور بحسن شفيق الوسيط جزء ٣ ص ٧٧.

⁽٢) أنظر ليون كان ورينو جزء ٣ رقم ١٤٤

ويعيب أنصار الآراء الأخرى على هذا الرأى أن بعض الوكلاء بالعمولة المحرفين يكلفون ببيع المحصولات الرراعية ، وهي عمليات مدنية ، ومع ذلك فلا يوجد ما يبرر التفرقة في المعاملة بين هذا الوكيل وغيره من الذين يكلفون بعمليات تجارية ، وذلك اذا وضعنا في الاعتبار طبيعة دور الوكيل بالعمولة ، وهو دور لا يتغير بالنسبة لكل هذه العمليات .

٧ — ويرى فريق آخر من الفقهاء أن المعيار الذي يمكن الاعتداد به في هذه التفرقة هي طريقة تعاقد الوكيل . فاذا تعاقد الوكيل باسم ولحساب الموكل ، فهذه هي الوكالة العادية ، أما الوكالة بالعمولة ، فلابد من أن يتعاقد الوكيل فيها باسمه الشخصى (١) . ولا عبرة في هذا الرأى بطبيعة المعملية التي يقوم بها الوكيل . فاذا قام الوكيل بعملية تجارية باسم الموكل ولحسابه ، فهي وكالة عادية . أما اذا تعاقد الوكيل باسمه الشخصى لحساب الموكل فهي وكالة بالعمولة ولو كان موضوعها عملية مدنية . وهذا الرأى حقد الوكالة بالعمولة والى المادة ٣٨ تجارى التي تعرف عقد الوكالة بالعمولة والى المادة ٣٨ تجارى التي تعرف الوكيل بالعمولة والى المادة ٣٨ تجارى التي تنص على أنه و اذا عقد الوكيل بالعمولة عقداً باسم موكله بناء على اذن منه بذلك فلكل من المؤكل والمقود معه اقامة الطلب على الآخر ، وتراعى فيا لوكيل المذكور من الحقوق وما عليه من الواجبات القواعد المقروة للتوكيل باسم الموكل .

ويعاب على هذا الرأى أن المادة ٦٩٩ مدنى تعرف الوكالة العادية بأنها و عقد مقتضاه يلترم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل و فلم تشترط أن يتم التعاقد باسم الموكل . ومن ثم فان تعاقد الوكيل باسمه الشخصى لا نخرج عن تعريف المادة ١٩٩٦ مدنى الوكالة العادية . كذلك نجد أن نص المادة ١٠٩٦ مدنى يتصور حالة تعاقد الوكيل العادى باسمه الشخصى ، اذ تنص على أنه و اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فا ثائر العقد لا يضاف الى الأصيل دائناً أو مديناً الا اذا كان من المفروض

 ⁽۱) من هذا الرأى أستاذنا الدكتورمحسن شفيق . المرجع السابق بعد ۸۷ وأغلب الفقه الفرنسى : ربيبر رقم ۲۳۵۰ ، اسكارا رقم ۲۰۵۰ ، لاكور وبوتيرون رقم ۹۳۸

حَمَّا أَنْ مَنْ تعاقد معه الناثب يعلم بوجود النيابة أو كان يسنوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب » وتصورها لهذه الحالة فى نطاق التعاقد المدنى بجعلنا لا تملك أن نقطع بأن كل وكيل يتعاقد باسمه الشخصى يكون وكيلا بالعمولة.

۴ ــ وهناك رأى ثالث يعتد لا بطبيعة العملية ، وانما بطبيعة الأشياء الرسيعة العملية ، وانما بطبيعة الأشياء التي يجرى عليها التعامل Nature de l'objet كانت هذه الأشياء من البضائع أو المستجات التي يتعامل فيها التجار أو من الصكوك التجارية كانت الوكالة وكالة والمعمولة ، والا فهي وكالة عادية . فلا عمرة بما إذا كان الوكيل يعمل باسمه أو باسم موكله ، وسواء أكان العمل في ذاته مدنياً أو نجارياً (۱).

وقد رأينا كيف قطعت محكمة النقض المصرية في حكمها الذي أصدرته يتفضيل هذا المعيار الأخير (٢) ، فقد اعتبرت البرتقال « بضاعة » مما يتمامل
فيه التجار . واعتبرت الوكالة لذلك وكالة بالعمولة « يقطع النظر عن صفة
الموكل الذي قد يكون العمل مدنياً أو تجارياً بالنسبة له » ، أى سواء
أكان هذا الموكل قد اشترى البرتقال لأجل بيعه أو كان هو الذي زرعه .
وحكم محكمة النقض غاية في الوضوح والتحديد ، وهو لا يترك مجالا الشك
في أنها قد أرادت أن تتخذ من هذا الحلاف موقفاً نهائياً ، وأنها قد قصدت
أن تقطع فيه برأى وأن تدفع المحاكم الى الاستقرار على هذا الرأى الأخير .

على أننا نرجو ألا تستقر المحاكم على اتباع الرأى الذى تبنته محكمة النقض، وأن يتاح لهذه الأخيرة فرصة أخوى ، فتعيد النظر فى هذا الموقف الذى اتخذته دون أن يبدو فى أسانيده دلائل فحص دقيق . ولا شك لدينا أنها لم تنعم النظر

⁽١) من هذا الرأى الدكتور عبد الحي حجازي والعقود التجارية، ١٩٥ ص ٦٣

⁽۲) القضاء الفرنسي متردد بين هذه المعايير الثلاثة : أنظر سمح محكة بواتييه في ۱۳ ديسمبر سنة ۱۹۲۷ سيري ۱۹۲۸ – ۲ – ۸۹ و تعليق جارو ، وحكم محكمة باريس في ۲۸ نوف بر ۱۹۲۳ داللوز ۱۹۳۳ – ۲ – ۷۷ ، حكم محكمة الجزائر ۲۶ يوليو سنة ۱۹۶۸ في المجلة الفصلية القانون التجاري ۱۹۳۹ ص ۲۹۱ و تعليق عمار .

 ف المذاهب الفقهية الثلاثة التي وجداً أن الفقه ، فهي لم تحاول أن تنتشد المذهبين الآخرين اللذين رفضهما ، ولا أن تبين وجه الصواب في المذهب الذي ثبنته .

وباستعراض هذه الآراء ، والنقد الذي وجهه أنصار كل رأى الى الآراء الأخرى ، نجد أن هناك مقدمة أساسية مفترضة لم يتعرض لها أحد من الفقهاء الذين تناولوا مشكلة معيار الفرقة لا بالتشكيك ولا بالتأكيد ، وانحا مرت تحت أقلامهم كما تمر البدهيات الى لا تحتمل النقاش ، وبنوا علما كل نتائجهم المنطقية دون أدنى قلق .

هذه المقدمة المشرضة ، هي أن الوكالة بالعمولة مرادف للوكالة التجارية ، بيما الوكالة العدنية . ولا بجد الفقهاء التجارية ، بيما الوكالة العادية ، على المدنية ، أو في استمال لفظ التجارية ، غضاضة في استمال لفظ العمولة » . أي أن الفقهاء وكذلك محكمة النقض المصرية في صياحتها للمعبار الذي تبتته _ يفترضون أن الوكالة بالعمولة تجارية دائمًا ولا تكون الا تجارية ، وأن الوكالة العادية مدنية دائمًا ولا تكون الا تحذلك . بل ان بعض الفقهاء يعقد مقارنة بين صفات الوكالة بالعمولة والوكالة العادية ، فنجدها مقارنة بين الوكالة العجارية والوكالة العادية ، فنجدها مقارنة بين الوكالة العجارية والوكالة العادية ،

وأيًا ما كان الرأى فى صحة هذه المقدمة ، فقد كان يجب ألا تفترض ، وأن تمرض على الأقل معرض البحث قبل أن تبنى فوقها المايير .

وفى رأينا أن هذه المقدمة المفترضة موضع شك كبير . فالحجة الوحيدة التي تستند اليها ولعلمها هي التي أوحت بافتراضها دون محث من أن الوكالة بالعمولة قد نظمها القانون التجارى بيها الوكالة العادية قد وردت في التقنين الملنى . وهي حجة غير كافية . ليس فقط لأنه يجب ألا نستمد من أغلفة التقنينات عناصر التكييف القانوني لعقد أو تصرف ما ، واتما أيضاً لأنه لا خلاف في الطبيعة بين العقود الدنية والعقود التجارية ، واتما يكون

⁽١) أنظر الدكتور عبد الحي حجازي . المرجع السابق ص ٦١

المحد الحدق تجارياً أذا أحاطت به ظروف خاصة ، ولا عنم من اكتسابه صفة التجارية أن تكون قواعده كلها قد نظمها القانون المدنى . بل أن بعض القواعد المدنية قد لا تحد تطبيقها العملى الا في ميدان التجارة ، كقواعد التعاقد بين الغائين، كا أن عقداً كمقد البيع لا يمكن أن نجهل خطره بين العقود التجارية وشدة التصاقه بجوهر التجارة ، هذا العقد قد نظمه القانون المدنى في تقصيل طويل . (من المادة ٤٨٨ على المادة ٤٨٨ مدنى) بيها لم يرد ذكره في القانون التجاري الا عرضاً في باب الافلاس . ونحن عند ما نريد أن نعرف ما إذا كان عقد بيم معين يعد تجارياً أو مدنياً قاننا لا نبحث هل وردت قواعد البيع في التقنين المدنى أو في التقنين التجاري ، وانما نشتر شد بمعياز الأعمال التجارية ، فنبحث ما إذا كان هذا المقد يعتبر عملا تجارياً أو مدنياً تطبيقاً المعار .

والأمر في عقد الوكالة لا يمكن أن يكون غير ذلك . فعقد الوكالة عقد مدني بمكن أن يكون عقد أوكالة عقد مدني بمكن أن يكون عقداً تجارياً اذا توافر طبيعته ، ودون أن تستبعد الطروف ، فانه يصبح تجارياً دون أن تتغير طبيعته ، ودون أن تستبعد قواعده الأساسية الواردة في القانون المدني ، وهو لا ينقلب بذلك الى عقد وكالة بالعمولة ، على وجه الحم ، بل يصبح أن يكون هناك عقد وكالة . يماوية عادية ، أي وكالة تجارية يتعاقد فها الوكيل باسم ولحساب موكله .

ومن الناحية الأخرى ، فان عقد الوكالة لا يكون تجارياً محرد أن الوكيل يتماقد باسمه الشخصى كما جاء فى تعريف الوكالة بالعمولة م ٨١ تجارى . فالحياة المدنية لا تجهل هذه الصورة من صور التعاقد . وهى معروفة باسم التعاقد باسم مستمار (pretemom) ، وقد نظمها وحددت آثارها المادة ١٠٩ من القانون المدنى التى تنص على أن أثر العقد لا يضاف فى هذه الحالة الم الأصيل دائناً أو مديناً ، الا اذا كان المفروض حما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . هذه الصورة وان كانت غير منتشرة فى المعاملات المدنية أنها أما قد تجد ما يبرمها ، ولنفرض أنى أردت شراء عقار من شخص أعلم أن علاقي به سيئة ، وأنه – من قبيل النكاية والعناد – لن يبيعي هذا العقار المقار

مهما أخليت النمن ، فبدسمى أننى لاأحاول أن أتعاقد سعة أو أن يتعاقد معه الوكيل باسمى ، وانما أختفى وراء اسم الوكيل المذى مجرى الصفقة باسمه ، ثم ينقل لى آثارها مقتضى الاتفاق الحاص الذى بيبى وبنن الوكيل. ولا شأن للقانون التجارى سذا كله

فكاننا لكى نميز عقد الوكالة بالعمولة عن غيره من عقود الوكالة ، بجب أن نتحقق من أمرين :

الأمر الأول : أن يتماقد الوكيل باسمه الشخصى لحساب المؤكل ، كا يقضى بذلك التمريف الوارد في المادة ١٨ تجارى لمعقد الوكالة بالعمولة ، ووفقاً للعرف الثابت المستقر ، الذي جرى على أن الوكيل بالعمولة يتماقد دائماً باسمه الشخصى (١) ، ولأن أغلب الفقه متفق على ذلك ، ولأن تماقد الوكيل باسمه الشخصى هو الذي يجمل له صفة الاستقلال التي تكسبه صفة التاجر والتي تمره عن غيره من الوسطاء (وعلى الأخص وكيل العقود) ، وأخيراً لأنه لا شك عندنا في أن النفر القليل من الفقهاء الذي لم يشأ أن يتخذ من تماقد الوكيل باسمه الشخصى عنصراً مميزاً للوكالة بالممولة كان يخلط بين الوكالة بالممولة والوكالة التجارية ، فكان يضع معياراً يضمن تجارية في مبدئه أنه اذا كان الشيء على ذلك من أن حكم عكمة التقض الذي نحن بصدده يقرر في مبدئه أنه اذا كان الشيء على الوكالة من عروض التجارة ... الخ ، اعترت وكالة بالعمولة ، ومن ثم التسرى عليها أحكام قانون التجارة ... الخ ،

الأمر الثانى : أن يكون عقد الوكالة بالعمولة تجارياً وفقاً للمعيار العام الذى بمر العقود التجارية عن العقود المدنية .

وفى ذلك تنص م ٢/٢ تجارى على أنه يعتبر تجارياً كل مقاولة تتعلق « بالتجارة بالعمولة » ، فكأن قيام الوكيل بعقد وكالة منفرد باسمه الشخصي

⁽۱) لا أدل عل التحقيق من وجود هذا العرف من تتبع تاريخ عقد الركالة بالممولة. أنظر في ذلك مقال جيو ار سوتل وتاريخ عقد الوكالة بالممولة حتى التعتين التجارى و من مجموعة مقالات عن عقد الوكالة بالعمولة تحت اشراف العميد هامل ١٩٤٩ من ٧٧

لا يجعل هذا العقد تجارياً ، واتما يكون عقد الوكالة بالعمولة تجارياً اذا قام به وكيل بالعمولة محترف .

واذا طبقنا نظرية الأعمال التجارية بالتبعية فان عقد الوكالة بالعمولة يكون تجاريًا اذا قام به تاجر – حتى ولو لم يكن وكيلا بالعمولة محرفاً – وكان ذلك لحاجات تجارثه

كذلك يكون عقد الوكالة بالعمولة تجارياً اذا كانت العملية المعهود بها الى الوكيل عملية تجارية ، وذلك وفقاً للرأى الذى يكتفى بتطبيق نظرية التبعية الموضوعية (أى التبعية للعمل التجارى) ولا يشترط على وجه الحتم التبعية للحرفة التجارية ، اذ يكنى في هذا الرأى أن تكون الوكالة تابعة لعمل تجارى لكى تكون تجارية (١) .

ومن الناحية العملية البحتة ، فان الذى يكسب الوكالة بالعمولة صفّها التجارية عادة ، هو احتراف الوكيل بالعمولة .

والحلاصة أننا اذا أردنا أن نجمع العناصر المميزة لعقد الوكالة بالعمولة فانه يجب أن نقول أنه العقد الذى يتعاقد فيه الوكيل باسمه الشخصى لحساب الموكل ، اذا كان هذا الوكيل قد احترف هذا النوع من الوكالة أو كان العقد تجارياً لتبعيته للحرفة التجارية أو لأن موضوعه عمل تجارى .

فاذا لم يتوافر أحد هذه العناصر فاننا نفتقد عقد الوكالة بالعمولة الذي تعرفه المادة ٨١ تجاري .

اذا تعاقد الوكيل باسمه الشخصى ولم يكن العقد تجارياً ، فاننا في الواقع نكون بصدد التعاقد المدنى باسم مستعار (م ١٠٦ مدنى) .

 ⁽۱) من هذا الرأى هامل و لاجارد بند ۱۷۵ ص ۲۰۶ فی مصر الدکتور محمد صالح جزء ۱ ص ۹ وضد هذا الرأی اسکارا بند ۱۲۷ ص۳۸وفی مصر الدکتور آکتم الحولی الوسیط جز۱ بند ۱۲۵ ص ۱۳۸

واذا تعاقد الوكيل باسم الموكل ولحسابه وكان العقد تجارياً ، فاتنا نكون بصدد عقد وكالة تجارية عادية mandat commercial وهي تتميز عن الوكالة بالعمولة commission ، ليس فقط بالاسم ، بل هي موضع دراسة خاصة ولها قواعد مستقلة عن عقد الوكالة بالعمولة (۱)

أما اذا تعاقد الوكيل باسم ولحساب موكله وكان العقد مدنيًا ، فاننا نكون بصدد الوكالة المدنية العادية ، أى على الطرف الأقصى من الوكاله بالعمولة .

بذلك فقط يستقم المبيار السلم لتميز الوكالة بالعمولة عن غيرها من صور الوكالة تميزاً لا لبس فيه ولا الهام

على أنه بجب ألا ننسى مرة أخرى أن هذا التقسيم بين صور الوكالة الأربعة لا يعيى الفصل النام بين الأحكام التي تطبق على كل مها. اذ لا خلاف في الطبيعة على الاطلاق بين كل هذه الصور ، ولابد أن نضع ذلك موضع الاعتبار عند ما نحاول تفسير واستنباط أحكام عقد الوكالة بالعمولة .

نقول اذن أنه لا خلاف فى الطبيعة بين صور الوكالة الأربعة ؛ لللك يتمين أن نقوم بتنسيق أحكامها دون أن تجبس أنفسنا بين دفتي التقنين اللدني ، وانما نرتب النتائج على الأسباب ، مسترشدين بالقواعد العامة فى النيابة ، والقواعد الحاصة للوكالة المدنية أو الوكالة التجارية على حد سواء .

فاذا كانت الوكالة عادية مدنية ، فان النيابة تكون كاملة ، ويترتب على ذلك أن كل ما ينشأ عن العقد من حقوق والنزامات يضاف الى الأصيل (م ١٠٥ مدنى) كذلك تسرى الأحكام الحاصة بالوكالة المدنية .

⁽١) أنظر جان همار والمقود التجارية، الجزء الثاني mandat commercial ص ه

واذا كانتِ الوكالة عادية تجارية ، فان النيابة تكون كاملة أيضاً ، فتضاف الحقوق والالترامات الى الأصيل (م ١٠٥) ولكن العقد مخضع للقواعد التى يستلزمها الجو الحاص بالحرفة التجارية ، والتى تترتب على تجارية العقد.

واذا كانت الوكالة مدنية ، وانما تعاقد الوكيل فيها باسمه الشخصى ، فان الأحكام العامة للوكالة المدنية تسرى ، ولكن أحكام النيابة تتعطل ، فلا تضاف آثار العقد الى الأصيل دائناً أو مديناً (م ١٠٦ مدنى) .

وأخيرًا فاذا تعلق الأمر بالوكالة بالعمولة التي نحن بصددها ، فانه يجب أن يراعي في استنباط أحكامها :

أنه تتعطل أحكام النيابة فلا تنصرف آثار العقد الى الأصيل
 الا ما استثنى بنص خاص .

٧ ... يخضع العقد للقواعد التي تنطبق عامة على العقود التجارية . `

٣ - وأخيراً فان العقد نحضع للقواعد الحاصة الى وردت لتنظيمه في التقنين التجارى (م ٨١ الى ٩٨) ومن بينها ما يتمتع به الوكيل بالعمولة من ضمانات يتميز به عن بقية الوكلاء وهى حق الحبس وحق الامتياز .

من كل ذلك يتضح مجلاء ، ليس فقط المعيار الذي يميز الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية ، وانما تتضح أيضاً الآثار التي تترتب على هذه التفرقة ، وهي تفرقة ضير حادة ولا قاطمة ، وانما هي تفرقة نسبية لصور مختلفة ترجع لأصل واحد . وأخيراً فانه يتبن بجلاء أن معيار التفرقة يرتبط بآثار هذه التفرقة برباط من المنطق القانوني السلم ، وأنه يتفق مع المبادئ القانونية العامة ، وما استقر عليه العرف التجاري وجرى عليه التعامل .

تم مجمد الله ، طبع هذه الحبلة ، بمطبعة جاسة الاسكندرية في يوم الاثنين

۱۸ من رمضان ستة ۱۳۷۷ هجرية ،

الموافق ٧ من أبريل سنة ١٩٥٨

على محمد الربوارى مدير مطبعة جاسة الاسكندرية

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL

Directeur de la Rédaction: Dr. HUSSEIN FAHMI

7ème ANNÉE, 1956 — 1957 (Nos. 1 et 2)